



HAL
open science

Les universalités de droit : essai d'une théorie générale

Patrick Bouathong

► **To cite this version:**

Patrick Bouathong. Les universalités de droit : essai d'une théorie générale. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2020. Français. NNT : 2020PA01D036 . tel-03182474

HAL Id: tel-03182474

<https://theses.hal.science/tel-03182474>

Submitted on 26 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS 1 – PANTHÉON-SORBONNE
Ecole de Droit de la Sorbonne – Département de droit privé

Les Universalités de droit

Essai d'une théorie générale

*Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé
présentée et soutenue publiquement par*

Patrick BOUATHONG

le 26 novembre 2020, à Paris

Sous la direction de

Monsieur Philippe DUPICHOT

Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

IURY

Monsieur Nicolas CAYROL

Professeur à l'Université de Tours

Monsieur William DROSS

Professeur à l'Université Lyon III

Monsieur Philippe DUPICHOT

Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Renaud MORTIER

Professeur à l'Université Rennes 1

Madame Claire SÉJEAN-CHAZAL

Professeure à l'Université Lille

À mon frère, Michel, in memoriam.

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	V
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
REMERCIEMENTS	XI
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 – L’EMERGENCE DE LA NOTION D’UNIVERSALITE DE DROIT	19
TITRE 1^{ER} – LE PATRIMOINE, MODELE DE L’UNIVERSALITE DE DROIT	21
CHAPITRE 1 – UNE CONFUSION DIACHRONIQUE ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE	23
CHAPITRE 2 – L’ETENDUE DE LA CONFUSION ENTRE PATRIMOINE ET UNIVERSALITE DE DROIT	89
TITRE 2ND – L’AUTONOMIE DE LA NOTION D’UNIVERSALITE DE DROIT	143
CHAPITRE 1 – LA NOTION D’UNIVERSALITE DE DROIT	147
CHAPITRE 2 – LA CLASSIFICATION DES UNIVERSALITES DE DROIT	209
PARTIE 2 – LA CONSTRUCTION D’UN DROIT COMMUN DE L’UNIVERSALITE DE DROIT	251
TITRE 1^{ER} – LA PROTECTION DES CREANCIERS DE L’UNIVERSALITE DE DROIT	255
CHAPITRE 1 – LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION	257
CHAPITRE 2 – LES MOYENS DE LA PROTECTION	317
TITRE 2ND – L’AMENAGEMENT DES POUVOIRS SUR L’UNIVERSALITE DE DROIT	367
CHAPITRE 1 – LA LIMITATION DES POUVOIRS DU DEBITEUR SUR SES BIENS	369
CHAPITRE – L’ENCADREMENT DE LA TRANSMISSION DU CONTENU DES UNIVERSALITES DE DROIT	421
CONCLUSION GÉNÉRALE	469
ANNEXES	475
PROPOSITIONS	483
BIBLIOGRAPHIE	499
INDEX	553
TABLE DES MATIERES	559

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJCA</i>	Actualité juridique contrats d'affaires, concurrence, distribution
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJDI</i>	Actualité juridique de droit immobilier
<i>AJ Fam.</i>	Actualité juridique Famille
Al.	Alinéa
AMF	Autorité des Marchés Financiers
AN	Assemblée Nationale
<i>Arch. Phil. Dr.</i>	Archive de Philosophie du Droit
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
Bull. Civ.	Bulletin des chambres civiles
Bull. Crim.	Bulletin de la chambre criminelle
<i>BJED</i>	Bulletin Joly Entreprises en Difficulté
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>BRDA</i>	Bulletin Rapide de Droit des Affaires
C. Assur.	Code des assurances
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. Conso	Code de la consommation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
<i>CCC</i>	Contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme
<i>cf.</i>	<i>Confer</i> (se reporter à)
CGI	Code général des Impôts
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF	Code Monétaire et Financier
Coll.	Collection
Com.	Commercial(e)
comm.	Commentaire
comp.	Comparer

concl.	Conclusion(s)
<i>contra.</i>	Contrairement
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
D.	Digeste
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DC</i>	Recueil Critique de jurisprudence et de législation Dalloz
DA	Recueil Dalloz Affaires
dactyl.	Dactylographié(e)
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Dalloz Hebdomadaire
Dir.	Directive
dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. & Patrim.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. Fam.</i>	Droit de la Famille
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Dr. sociétés</i>	Revue Droit des sociétés
éd.	Edition
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
FCP	Fonds commun de placement
FCT	Fonds commun de titrisation
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>Infra.</i>	Plus bas
IRJS	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
<i>JCl.</i>	JurisClasseur
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, Edition Entreprises et Affaires
<i>JCP G</i>	Semaine juridique, Edition Générale
<i>JCP N</i>	Semaine juridique, Edition notariale
JO	Journal Officiel
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
obs.	Observations

<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (œuvre précitée)
ordonn.	Ordonnance
p.	Page(s)
§	Paragraphe(s)
préc.	Précité(es)
PUAM	Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse Universitaire de France
<i>RD Banc. & Fin.</i>	Revue Droit Banque et finance
<i>RDC</i>	Revue des Contrats
<i>Répert. Civ. Dalloz</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Répert. Com. Dalloz</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Répert. Soc. Dalloz</i>	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
<i>RFDA</i>	Revue Française de Droit administratif
<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit comparé
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i>	Revue Lamy de droit des Affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>Rev. proc. Coll.</i>	Revue Procédures collectives
<i>Rev. Sociétés</i>	Revue Sociétés
<i>RRJ</i>	Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif
<i>RTD Civ.</i>	Revue Trimestrielle de Droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue Trimestrielle de Droit commercial
S.	Recueil Sirey
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SNC	Société en nom collectif
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
suppl.	Supplément
<i>supra.</i>	Plus haut
suiv.	Suivant
t.	Tome
th.	Thèse
Trib.	Tribunal
TGI	Tribunal de Grande Instance
v.	Voir
Vol.	Volume

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont au Professeur DUPICHOT pour son soutien, sa bienveillance et sa patience pendant ces années de recherches.

Ils vont également à ma famille et à mes amis qui m'ont tant apporté et qui continuent à croire en moi là où le travail de thèse m'a souvent plongé dans des incertitudes.

À Chu & Léonard BOUATHONG, Michel BOUATHONG, Muriel BOULAY, Garance CATTALANO, Julie CRASTRE, Rémi DALMAU, Frédéric DANOS, Thomas DEPAEPE, Scarlett-May FERRIE, Léa MOLINA, Antoine NACHIM, Etienne NEDELLEC, Julia RECHTMAN, Nathalie & Maxence MORIN, Simon ROCHEREAU, Maïté SAULIER, Cécile SIDAMBAROMPOULE, Antoine TADROS et Marin VICTOR...

...sincèrement, merci pour tout !

INTRODUCTION

« *Les buts des choses ne sont autres que les buts de l'individu, poursuivis par l'individu au moyen de ces choses.* »

R. VON JHERING,
L'Évolution du droit,
éd. Chevalier, 1901, n°35, p. 48.

1. L'universalité en droit. – L'universel « n'est-il pas ce qui, dépassant l'opposition du même et de l'autre, exprime l'irréductible identité de tel ou tel objet ?¹ ». Il y a alors, dans l'universel, l'idée d'une transcendance, d'une plénitude, d'une cohérence, voire d'une suffisance. Etymologiquement d'ailleurs, ce qui est universel renvoie à ce qui est uni par une commune direction². L'universel s'accompagne ainsi d'une unité dans la pluralité, d'une vocation à unir des objets qui, sous un autre angle, sont pourtant en nombre. L'universalité, en droit, n'y échappe pas. C'est ce même aspect que l'on retrouve dans l'universalité des droits de l'Homme, l'universalité budgétaire ou l'universalité de la faillite³. Le droit civil

¹ CL. OBADIA, « L'universel ou le déploiement de la question de l'homme », *Le philosophe* 2009/1, p. 5.

² Etymologiquement, l'universel vient des termes *unus* et *versus* qui visent l'unité d'une part et une même direction d'autre part : en ce sens, W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°420-1, p. 775 ; A. Denizot, *L'universalité de fait*, éd. Varennes 2008, n°2, p. 8.

³ Expression employée notamment en Droit constitutionnel pour marquer l'importance de l'être humain, l'universalité des droits de l'Homme recouvre toujours cette idée que les hommes, pourtant différents les uns des autres, sont naturellement unis sous les mêmes droits. V. G. MEDEVIELLE, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités* 2008/3, p. 69 et s.

Le terme « universalité budgétaire » renvoie à un principe contenu dans l'ordonnance du 2 janv. 1959 portant loi organique relative aux lois de finance et que la jurisprudence n'hésite pas à viser (v. par ex. CE 9e et 10e sous-sect. réunies, 27 juill. 2009, req. n° 312098, Sté Boucherie du marché ; *RFDA* 2011, p. 377, obs. L. CLÉMENT-WILZ ; *RTD eur.* 2010, p. 453, note D. RITLÉNG). Le principe d'universalité budgétaire est corrélé à celui d'unité budgétaire. L'idée est alors de réunir sur un même document, toutes les recettes et toutes les dépenses. Une fois encore, la diversité et l'unité sont associés sous l'égide de l'universalité.

n'est pas davantage une exception en la matière. L'universalité semble y être caractérisée par la réunion d'éléments divers qui, rassemblés dans une masse, ne perdent pas leur individualité⁴ ; ces éléments, dont la réunion intellectuelle n'est jamais le fruit du hasard⁵, participent d'un même objectif. L'idée de cette « irréductible identité », celle qui fait de l'ensemble un « contenant » qui transcende le contenu⁶ se retrouve ainsi pour former un ensemble universel, ce que semble désigner le terme « universalité » en droit des biens. Malgré la constance de cette approche de l'universalité, la notion a fait l'objet de changements importants au fil des époques et des systèmes juridiques qui l'ont exploitée. Ces évolutions semblent d'ailleurs avoir transfiguré l'universalité.

2. Les causes de l'évolution. – La science juridique est de celle qui se meut au gré des évolutions politiques, sociales et philosophiques qui affectent les rapports entre les hommes. Il est alors inévitable que ces évolutions rejaillissent sur les concepts du droit, que certaines notions⁷ glissent d'une catégorie à une autre, que des techniques soient affinées,

L'universalité de la faillite renvoie à l'idée, en procédures collectives, que la faillite produit ses effets partout où le débiteur a des biens. Principe consacré par la Cour de cassation en 2002, il s'agit d'appliquer, à tous les biens du débiteur failli, le même corps de règles malgré la présence d'un élément d'extranéité, soulevant l'application d'un droit étranger : Civ. 1^e, 19 nov. 2002, n°00-22334, Bull. Civ. I, n°275 ; D. 2002, p. 797, note G. KHAIRALLAH ; D. 2002, p. 3341, obs. A. LIENHARD ; RTD Com. 2003, p. 169, comm. J.L. VALLENS ; JCP G 2002, II, 10201, concl. J. SAINTE-ROSE, note. S. CHAILÉ DE NÉRÉ.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2018, V°Universalité.

⁵ Cf. *infra* (n°318 et s.)

⁶ Aucun des travaux portant sur l'universalité, qu'elle soit de fait ou de droit, n'a songé à remettre en question cette ambivalence qui semble participer de l'essence de la notion. En ce sens, v. par exemple A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, éd. Varenne 2013 ; R. GARY, *Les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait*, Sirey 1932 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003 ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II dactyl., 1998 ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1903 ; R. PERCEROU, *La personne morale de droit privé – Patrimoine d'affectation*, th. dactyl. 1981 ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, éd. A. Rousseau, 1903 ; FR. H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, th. 1957 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2019 ; A. NALLET, *La notion d'universalité – Etude de droit civil*, th. Lyon III, 2019 ; FR. ZÉNATI, « Propriété et droits réels – Universalités », RTD Civ. 1999, p. 422 et s., spéc. p. 425, note sous Civ. 1^e, 12 nov. 1998, D. 1999, p. 167 ; JCP E 1999, II, p. 426 ; A.S. FERMANEL DE WINTER, « Universalité de fait et universalité de droit », *Revue juridique de l'ouest* 2008/4, p. 409 et s. (première partie) ; 2009/1, p. 5 et s. (seconde partie) ; R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defrénois* 1997, doct. art. 36464, n°4, p. 67.

⁷ Le concept se distingue de la notion juridique en ce qu'elle n'est qu'une idée, un symbole, une abstraction, elle n'appelle (encore) aucun régime juridique car elle se détache des considérations pratiques. En ce sens, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010, V°Concept. Le concept juridique doit être entendu comme « la construction de l'esprit, basée sur la transformation des réalités juridiques en idées pures », création intellectuelle fondée sur la logique commune, le concept juridique tend à l'abstraction des objets : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey 1924, t. 4, n°277, p. 30 ; J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1989, n°252 : « Les concepts juridiques ne sont pas toujours susceptibles d'une définition précise ; il en est, comme l'ordre public ou les bonnes mœurs, qui jouent le rôle d'éléments correcteurs et de facteurs d'adaptabilité de la règle de droit aux faits et dont les contours sont délibérément incertains [...] » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2011, Avant-propos, p. 1 et s. : CH. PEYRON BONJAN,

modifiées, réformées⁸. Mais l'évolution est un processus qui s'inscrit sur la durée et implique une part de changement mais aussi une part de permanence. Sans la première, l'évolution est impossible ; sans la seconde, l'évolution n'est plus possible et il s'agit alors davantage d'une transformation. S'ajoute à cette difficulté liée aux circonstances, celle qui tient aux auteurs de ces évolutions car « si celui qui commande aux hommes ne doit pas commander aux lois, celui qui commande aux lois ne doit pas non plus commander aux hommes ; autrement ses lois, ministre de ses passions, ne feraient souvent que perpétuer ses injustices, et jamais il ne pourrait éviter que des vues particulières n'altérassent la sainteté de son ouvrage⁹ ». Garant d'une certaine équité, ce procédé pêche du point de vue de la théorie des climats¹⁰ car les lois « doivent être relatives au physique du pays ; au climat glacé, brulant ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur ; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la Constitution peut souffrir ; à la religion des habitants, à leurs inclinations¹¹ ». La relativité inhérente aux lois impose donc une adaptation temporelle et spatiale du Droit. Les multiples réformes qui entourent la notion d'universalité en ont apporté de tels changements qu'il est aujourd'hui légitime de se demander si le terme renvoie à la même idée que celle pour laquelle elle avait été pensée à son origine. Le concept a-t-il évolué ou a-t-il été dénaturé ? Il est devenu délicat d'en juger car l'universalité est de ces notions polysémiques, celles qui ne connaissent pas de définition précise et qui, pourtant, renvoient à une idée, parfois arrêtée et franche, dans l'esprit des juristes.

« Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012/5, p. 2237 et s.

À l'inverse, le Professeur DROSS présente la distinction entre notion et concept sous un autre angle. Le concept est alors « le résultat d'une opération de l'esprit qui consiste à nourrir pour donner forme, (...) dont l'achèvement a nécessité une gestation intellectuelle » quand la notion se caractérise par « l'absence de convergence entre les différentes conceptualisations d'un même objet ». L'un se rapproche ainsi du consensus quand l'autre est un « contenant immuable dont le contenu évolue » : W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principes ? », *RRJ* 2012, p. 2229 et s.

⁸ « Les concepts, c'est-à-dire les représentations mentales générales et abstraites des objets, ne peuvent être déterminés, en matière juridique, qu'en fonction du droit positif et des réalités sociales. La démarche intellectuelle qui y conduit par de l'observation de la loi, de la jurisprudence, de la pratique juridique.... Elle est particulièrement difficile, car elle s'appuie sur des règles mouvantes et souvent contradictoires et sur l'extrême variabilité des comportements humains et des phénomènes d'ordre psychologique, social, économique, éthique » : J.L. BERGEL, *op. cit.*

⁹ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, éd. Pléiades 1964, t. III, p. 384.

¹⁰ Théorie de philosophie géopolitique selon laquelle le comportement humain et, par extension, son gouvernement, sont influencés par le climat : v. à ce sujet, M. PINNA, « Un aperçu historique de la théorie des climats », *Annales de géographie* 1989, p. 322 et s.

¹¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748 Flammarion 2008, coll. GF, p. 345.

3. Les travaux sur l'universalité. – La notion d'universalité est ainsi plus facile à concevoir qu'à définir¹². Elle n'a d'ailleurs fait l'objet que de très peu de recherches¹³, du moins en apparence car c'est souvent à l'occasion des – nombreuses – études sur le patrimoine que la notion¹⁴ apparaît. L'universalité a ainsi été construite sur la base de théories, d'analyses périphériques, de débats ou de questions qui, au fil du temps, ont renvoyé, peu ou prou, à la même idée : celle d'ensemble. L'appréhension de cet ensemble a néanmoins changé, au gré des époques, des philosophies et des politiques qui sous-tendaient la pensée juridique de tel ou tel temps. L'*universitas* du Digeste semble finalement assez éloigné des corporations du Moyen-Âge ou du patrimoine d'aujourd'hui et pourtant tous sont considérés comme des ensembles et tous sont qualifiés, à leur époque, d'universalité¹⁵. L'idée d'ensemble représente alors la permanence de la notion d'universalité mais l'appréhension de cet ensemble représente à son tour la part de contingence de cette même notion. Victime, à la fois du temps mais aussi de l'apparent désintérêt de la doctrine à son égard, la notion d'universalité de droit est bel et bien l'objet d'une évolution de la pensée juridique.

4. Premières applications de l'universalité. – Les traces de l'universalité remontent au droit romain où le terme « *universitas* » semble renvoyer à des ensembles de personnes, unies autour de l'exercice de droits¹⁶. Les conquêtes de l'Empire et l'expansion de son territoire ont forcé le système juridique romain à s'adapter à une nouvelle échelle. C'est ainsi

¹² Et certains répondraient alors que les « définitions appartiennent dans la plupart des cas, sinon dans tous, à la doctrine et non à la législation. (...) En effet quelque définition que donnât le législateur, il courrait toujours le risque de la voir supplantée au bout de peu de temps par une nouvelle définition plus correcte ou encore d'entraver par la suite le progrès des idées » : HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*, 1902, p. 18 et s.

¹³ À l'exception notable des œuvres de GARY et de Madame KUHN qui ont fortement contribué à l'élaboration moderne de la notion : R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et de droit*, Sirey 1932 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003. V. également la contribution récente : A. NALLET, *La notion d'universalité – Étude de droit civil*, th. Lyon III 2019.

¹⁴ De la distinction entre concept et notion précédemment étudié, il semble que l'universalité relève davantage de la notion que du concept car c'est bien son contenu qui, au fil du temps, a changé et non son contenant : *cf. supra* (n°2).

¹⁵ Nous le verrons (*cf. infra* : n°210), l'*universitas* renvoie en Droit romain à des ensembles de personnes ou de choses mais n'est pas réservée au langage juridique. L'*universitas* médiévale correspond quant à elle à des ensembles de personnes et de choses qui forment des corporations, des communautés ecclésiastiques ; le mot n'est alors employé que d'un point de vue juridique pour désigner ces ensembles. V. à ce sujet, P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas – Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin*, Paris Vrin 1970, spéc. p. 360 et s. ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, éd. La mémoire du droit 2003, p. 78 et s.

¹⁶ V. néanmoins R. FEENSTRA, « L'histoire des fondations », *TVR – Revue d'Histoire du droit*, 1956, p. 381 : l'auteur remet en question les relations entre l'acception contemporaine de l'universalité et la notion d'*universitas*. Il souligne, à l'occasion d'une lecture critique de trois œuvres sur le sujet, que la notion de personne juridique se mêle avec l'apparition du *trust* en droit romain, lequel semble appliquer tour à tour les caractéristiques de chacune de ces notions sans pour autant en consacrer une.

que des cités ou des Eglises, appelées *universitates personarum*, fûrent dôtées de la personnalité juridique. Il est alors possible d'affirmer que la personnalité morale est, historiquement, une universalité perçue comme un groupement de personnes représentées par une unique volonté¹⁷ auquel le système juridique a donné, fictivement, la qualité de sujet de droit¹⁸. Ce retour aux sources des universalités révèle un rapprochement, désormais intégré dans la pensée juridique, entre les masses de biens et le sujet de droit. C'est d'ailleurs de cette analyse historique que le patrimoine, universalité de droit par excellence, a été conceptualisé. Défini traditionnellement comme l'ensemble des biens et des dettes d'une personne juridique, il est essentiellement présenté comme la première, sinon la seule, application de l'universalité de droit¹⁹. Cette première apparition de la notion en droit romain, dans le sens de la personne juridique, a été accompagnée d'une évolution parallèle dans le sens des biens. Aux côtés de ces groupements de personnes sont également apparus les groupements de biens portant le même nom, recevant la même qualification. Ainsi, l'hérédité ou l'hôpital sont également désignés comme des ensembles mais le droit romain leur attribue la qualification d'*universitates rerum*²⁰.

5. Groupements de personnes et groupements de biens. – La rationalisation des phénomènes sociétaux a ensuite mené à la théorisation des universalités à l'époque médiévale. L'idée d'ensemble, toujours présente, a permis d'employer un même terme pour désigner, à une même époque, des ensembles pourtant bien différents. La distinction renouvelée par les post-glossateurs entre *universitas rerum* et *universitas personarum* a alors engendré une subdivision dans l'emploi du terme « universalité ». Sous la plume des post-glossateurs sont apparues les *universitas facti* et *universitas juris*. Partant de cette distinction, la doctrine postérieure et notamment l'oeuvre de GARY a conceptualisé la dissociation de

¹⁷ Par la suite, l'oeuvre de MICHOUUD a permis de préciser cette analyse. La théorie de la réalité technique de la personnalité morale a alors remplacé la volonté par l'intérêt. L'universalité n'est alors plus fédérée autour d'une personne en tant que volonté mais autour d'un intérêt ou d'un pôle d'intérêts juridiquement protégé(s) : L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application droit français*, LGDJ 1924. Nous verrons en réalité que l'intérêt et la volonté sont intrinsèquement liés et que tous deux sont nécessaires à la construction de la personnalité juridique et du patrimoine (cf. *infra* : n°27 et s.) : R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°48, p. 45 ; FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 ; FR. ZÉNATI et TH. REVET, *Les biens*, PUF 2007, n°136, p. 207 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2009, n°42, p. 26 ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, n°23, p. 31

¹⁸ En ce sens, R. SALEILLES, *La personnalité juridique*, 1910, rééd. Mémoire du droit 2003, p. 161 et s. ; L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil*, éd. Arthur ROUSSEAU 1904, t. I, p. 357 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 589 et s.

¹⁹ Cf. *infra* (n°22 et s.)

²⁰ Semble alors naître une sorte de confusion entre les catégories d'universalités. V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996, n°66, p. 88.

l'universalité de droit et de l'universalité de fait. Le droit médiéval marque ainsi le tournant dans l'évolution de la notion d'universalité et les prémices de la distinction entre deux types d'universalités²¹. Comme l'explique justement un auteur récent, « BARTOLE, DE CASTRO et TARTAGNA opposaient les universalités corporelles (*universitas corporea*) aux universalités incorporelles ou de droits (*universitas incorporea/jurium ou juris*). Ils voyaient dans la première catégorie un ensemble de choses mobilières corporelles et de même nature, tels le troupeau ou la bibliothèque. Ils analysaient la seconde comme un ensemble de droit, ou de choses et de droits, tels l'hérédité, le pécule ou la dot.²² ». C'est en revanche en se fondant sur cette dichotomie entre le factuel et le juridique que GARY a dégagé les critères de distinction entre les universalités de son époque. Sa thèse, entérinée dans la pensée juridique, n'a jamais été remise en cause²³. Cette double conception de l'universalité a alors permis la construction de deux conceptions bien distinctes des masses de biens en droit français.

²¹ On retrouve les traces de cette distinction dans les textes du Digeste : v. par exemple D. 6, 1, 23, §5 : « *At in his corporibus quae ex distantibus partes retinere suam propriam speciem : ut singuli homines, sulae oves : ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus : sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret : nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse : quia tota statuae uno spiritu continetur.* » : « Lorsqu'un corps est composé de parties séparées l'une de l'autre, chacune conserve sa nature première comme sont des esclaves, des brebis ; ainsi je puis revendiquer un troupeau, quoique votre bélier se trouve mêlé parmi les moutons, et vous pouvez vous-même revendiquer votre bélier. Il n'en est pas de même d'un corps dont les parties sont cohérentes ; car si vous joignez à ma statue le bras d'une autre statue, vous ne pouvez plus dire que ce bras vous appartient parce qu'une statue ne peut se concevoir sans toutes ses parties. » : *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, tr. M. HULOT & M. BERTHELOT, éd. Rondonneau 1803. S'en est suivi les travaux de BARTOLE, D. 56, 6, 1 : « *Universitas corporum et jurium non vindicatur h. d. Vides ergo differentia inter universitatem corporum tantum, ut gregis, et ista potest, vindicari, et universitatem corporum et jurium, ut peculium. De qua die, ut in glossa, et ista non potest vindicari rei vindicatione. Sed debent vindicari quaelibet alia corpora singula, ut hic, e l. peculio j. de pec. Alia tamen actione possunt peti, ut petitione haereditis, vel actione ex testamento et similibus* » : « La non-revendication de l'universalité de corps et de droits h. d. voyez la différence, l'universalité composée de choses corporelles, comme le troupeau, peut être revendiquée par tous moyens, et non l'universalité de corps et de droits, comme le pécule. En ce jour, comme dans la glose, elle ne peut être revendiquée par la *rei vindicatio*. Mais, la revendication peut s'effectuer en fonction des caractéristiques propres à chaque chose. Ou également par une action, comme la pétition d'hérédité, ou les actions dans le testament et similaires » : cité et traduit par A. NALLET, *préc.* Dans le même sens, v. notamm. Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire – Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in *Les opérations du droit*, EHESS, Galimard 2011, p. 218 et s. ; A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*, 1904, p. 304 et s. ; A.S. FERMANEL DE WINTER, art. préc. où l'auteure écrit : « L'idée qu'un groupement de biens puisse lui-même constituer un bien, en d'autres termes une universalité, n'est pas neuve. Sous l'influence des idées stoïciennes, les jurisconsultes romains de l'âge classique ont dégagé le concept de chose composite, l'universalité au stade d'embryon en quelque sorte, même si le vocable ne date que de Justinien, avec *universitas*. La conception faite, la grosseur allait être longue. En effet, les romains ont admis la possession de l'hérédité et son usucapion, mais en tant que celle-ci est un jus, sans la prendre comme un groupement de biens. Ce sont, en réalité, les post-glossateurs qui ont bâti la théorie de l'universalité. » : p ; 411.

²² A. NALLET, th. préc., n°94, p. 51.

²³ À l'exception récente des travaux d'Antoine NALLET, th. préc. ; l'auteur y propose une conception moniste de l'universalité. Son approche, louable à bien des égards, propose une vision critique de l'évolution de la notion d'universalité et suggère qu'à son origine, la notion était unitaire et qu'elle devrait le rester pour pouvoir intégrer le droit des biens. Il propose ainsi une conception qu'il qualifie de moniste et objective pour ranger sous l'appellation unique d'universalité, les ensembles de biens réunis pour former un bien unique. La thèse doit être

6. Le développement de l'universalité de fait. – Le développement du fonds de commerce et l'apparition de nouveaux biens ont engendré un regain d'intérêt pour la théorie de l'universalité de fait et sa distinction avec l'universalité de droit²⁴. Ensemble de biens formant un bien unique, le fonds de commerce ne rentrait dans aucune des définitions alors offertes par la jurisprudence, par la loi ou par la doctrine, des deux types d'universalité. Selon les critères dégagés progressivement par les auteurs, ce fonds ne pouvait être qualifié d'universalité de droit car il ne contenait ni dettes, ni actions ; intégrant des éléments incorporels, il ne pouvait pas non plus être conçu comme une universalité de fait, alors perçue comme un ensemble de biens corporels. Une évolution de la notion s'imposait alors. Sous l'influence d'une doctrine abondante et après une période de tâtonnement, la jurisprudence a finalement opté pour la qualification d'universalité de fait²⁵. Il s'agissait alors d'abandonner le critère traditionnel du corporel pour désigner les éléments qui composaient ce type d'ensemble. Les composants des universalités, de fait ou de droit, n'ayant plus nécessairement la même nature, pouvaient être compris dans l'une ou l'autre des catégories d'ensemble. Le double critère du corporel et du factuel d'un côté, et de l'incorporel et du juridique de l'autre, ne suffisait plus et la scission opérée entre deux variétés de masses abstraites semblait ainsi s'amenuiser, si bien que certains ont suggéré de reconnaître l'existence d'un troisième type d'ensemble universel.

7. L'apparition doctrinale d'un troisième type d'universalité. – Loin de convaincre l'intégralité des auteurs, la qualification du fonds de commerce en une universalité de fait a poussé la doctrine à proposer une nouvelle catégorie : l'universalité juridique. Espèce hybride de l'universalité, entre celle de droit et celle de fait, cette nouvelle notion fût pensée pour répondre aux particularités du fonds de commerce. C'est ainsi que SAVATIER proposa de voir dans le fonds, un bien unique qui comprend pourtant des éléments variés sans se confondre avec l'universalité de droit²⁶. Emportant l'adhésion de peu d'auteurs²⁷, la nouvelle catégorie, trop proche des deux autres, semblait difficile à identifier

rejetée car cette approche, cohérente du point de vue du Droit romain, n'est pas, nous semble-t-il, appropriée aux philosophiques qui sous-tendent le droit positif : cf. *infra* (n°29 et s.)

²⁴ V. notamm. A. DENIZOT, th. préc.

²⁵ V. par ex. CA Paris, 18 août 1834, S. 1834, 2, 615 ; CA Caen, 13 déc. 1853, S. 1854, 2, 398 ; CA Paris, 19 mars 1923, S. 1925, 2, 93, note M.H. Rousseau.

²⁶ R. SAVATIER, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 2e éd., 1969 ; v. du même auteur, « Essai d'une présentation nouvelles des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331 et s.

²⁷ A. CERBAN, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage de choses incorporelles*, th. Paris 1897, spéc. P. 233 et s. ; P.C. SIMON, *Le fonds de commerce*, th. Paris 1898 ; E. GOMBEAUX, *La notion juridique de fonds de commerce*, th. Caen 1901 ; P. CATALAN, *De la condition juridique des fonds de commerce*, th. Montpellier 1899.

et voir cette spécificité dans le fonds de commerce le réduisait finalement à une espèce d'universalité de droit²⁸. Apportant peu à l'une ou l'autre des notions, cette nouvelle qualification n'a convaincu ni le législateur, ni la jurisprudence. L'analyse des termes permet par ailleurs de voir que le qualificatif « juridique » est accordé aux concepts qui intègrent le droit objectif, ceux qu'il décide d'encadrer. S'il existe bien des choses qui restent en dehors du droit, tout ce qui l'intègre devient nécessairement juridique. Il y aurait alors une redondance à parler d'universalité juridique car l'universalité, construction abstraite, est née de la pensée et implique, au préalable que le droit s'y intéresse. Il faut donc en déduire que l'expression « universalité juridique », ne peut renvoyer qu'aux seules universalités de droit²⁹. La distinction offerte par la doctrine médiévale entre le fait et le droit devait donc être maintenue jusqu'à la proposition récente d'un auteur.

8. La proposition récente d'unir les catégories d'universalité. – Dans sa thèse de doctorat, Monsieur NALLET propose d'adopter une conception moniste de l'universalité. Face à l'apparition d'universalités de droit rendues cessibles par le législateur au travers de la fiducie et de l'EIRL, l'auteur propose une relecture de la notion d'universalité afin de créer une catégorie unique d'ensemble universel à laquelle répondrait un seul et même régime³⁰. Son raisonnement repose sur l'idée première que l'universalité de droit ne comprend pas, contrairement à ce qu'affirme une grande partie de la doctrine actuelle, de dette³¹. Elle est donc, à l'image de l'universalité de fait, un simple ensemble de biens constituant un nouveau bien³². Par ailleurs, les deux types d'universalité semblent se caractériser par la communauté d'affectation des éléments qui les composent là où cette caractéristique semblait propre à

²⁸ En ce sens, M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1957 ; A. PAPP, *La nature juridique du fonds de commerce d'après les lois et la jurisprudence récente*, th. Paris 1935 ; S. GINOSSAR, *Le fonds de commerce et son passif propre*, LGDJ 1938 ; J. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce et des conséquences qui en découlent sous l'empire des principes généraux et des lois spéciales*, Polydore Pee 1938 ; A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey 1948 ; P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce – Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ 1986 ; L. CHATAIN, *La notion de fonds en droit privé*, th. Montpellier I, 2005. V. également J. VALÉRY, « Maison de commerce et fonds de commerce », *ADC* 1902, p. 209 et s. ; L. CRÉMIEUX, « Le fonds de commerce, universalité juridique », *Revue des fonds de commerce* 1935, p. 311 et s. ; P. CHAUVEAU, « Le fonds de commerce – patrimoine d'affectation ? », *Propos sur le contrat de gérance libre*, *D.* 1939, chr. 37 ; M. SATANOWSKY, « Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce », *RIDC* 1955, p. 726 et s. ; A. JAUFFRET, « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in *Mélanges G. Ripert*, t. II, LGDJ 1950, p. 33 et s. ; J. MONÉGER, « Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *AJDI* 2001, p. 1047 et s. ; J. HILAIRE & J. TURLAN, « Les contingences historiques du fonds de commerce », in *L'entreprise personnelle – Critique et prospective*, LexisNexis-Litec 1981, t. II, p. 81 et s.

²⁹ C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003.

³⁰ A. NALLET, th. préc.

³¹ A. NALLET, th. préc., n°484 et s., p. 239 et s.

³² A. NALLET, th. préc., n° 395 et s., p. 191 et s.

l'universalité de fait³³. Enfin, Monsieur NALLET déduit de ces constats que l'universalité « se distancie de la personne », elle est un objet. Plus encore, elle est un bien comme les autres et s'insère ainsi parfaitement dans le giron du droit commun des biens³⁴. Expliquant ainsi la dualité des universalités par l'apparition d'une double conception de l'universalité, subjective en droit romain et objective en droit médiéval, il propose de ne conserver que cette dernière, la première étant supplantée par la notion de personnalité juridique.

9. Le rejet d'une théorie moniste de l'universalité. – Convaincante à de nombreux égards, la thèse de Monsieur NALLET suscite néanmoins la discussion pour plusieurs raisons. D'abord, l'auteur semble construire son raisonnement en se fondant sur la cessibilité de certaines universalités juridiques ; c'est dire que l'auteur s'appuie sur un élément de régime pour en déduire la notion. Or la science juridique se construit traditionnellement à partir des caractéristiques essentielles de la notion³⁵. Ensuite, si nous rejoignons son analyse sur la place de l'affectation, commune aux deux types d'universalité³⁶, il convient en revanche de voir que l'affectation des biens dans l'universalité de fait répond à un besoin différent du rôle qu'elle joue dans les universalités juridiques³⁷. Dans les ensembles tels que le fonds de commerce, le troupeau, la bibliothèque ou le portefeuille de valeurs mobilières, il s'agit de gérer l'ensemble des biens comme un tout³⁸, c'est alors une question de propriété, un rapport de l'homme à la chose. En revanche, l'affectation des biens dans le cadre de l'universalité de droit, telle qu'elle est possible grâce à la fiducie par exemple, est une opération qui concerne les tiers, au premier rang desquels figurent les créanciers³⁹. Le rôle que joue l'affectation dans les deux ensembles est par

³³ A. NALLET, th. préc., n°441 et s., p. 213 et s.

³⁴ A. NALLET, th. préc., n°563 et s., p. 283 et s.

³⁵ En ce sens, J.L. BERGEL, *op. cit.*, n°190, p. 246 ; du même auteur, « Notions juridiques indéterminées et logique floue », in Rapport du 7^e Congrès de Méthodologie juridique, Madrid 2001, v. spéc. n°14.

³⁶ Cf. *infra* (n°57 et s.)

³⁷ Cf. *infra* (n°60 et s.)

³⁸ En ce sens, A. DENIZOT, *op. cit.* ; R. GARY, *op. cit.* ; R. LIBCHABER, art. préc. ; D.R. MARTIN, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La vie judiciaire*, 10/16 févr. 1992, p. 3 ; E. MEILLER, « L'universalité de fait », *D.* 2012, p. 47 et s. ; v. *contra*. W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n°422, p. 780. Le Professeur DROSS reconnaît néanmoins par la suite que « l'unification juridique des biens destinés à l'exercice d'une activité professionnelle répond à un besoin impérieux. Au vrai, ce besoin n'est autre que la nécessité de se procurer du crédit en donnant en garantie l'ensemble des éléments attachés à la poursuite d'une activité donnée » : n°424, p. 783.

³⁹ L'auteur rejette d'ailleurs l'idée d'autonomie patrimoniale pour identifier l'universalité de droit. Celle-ci n'est donc pas une masse de biens et de dettes qui se répondent mais un simple ensemble de biens. (n°276 et s., p. 132 et s.) Il prétend alors que la corrélation entre l'actif et passif n'est pas utile puisqu'on retrouve le même raisonnement dans les sûretés réelles. (n°281, p. 135). Or à la différence des sûretés réelles, le lien établi entre les biens et les dettes au sein de l'universalité juridique n'est pas soumis au principe de spécialité, ni concernant le bien grevé, ni concernant l'obligation garantie. Enfin, selon l'auteur, cette autonomie ne semble pas exister ailleurs que dans le patrimoine et l'hérité. Mais que faire alors de ces ensembles ? Les réduire à la personnalité

conséquent difficilement comparable puisque dans l'un des cas, l'opération d'affectation est destinée à servir les intérêts du propriétaire alors que dans l'autre, elle est orientée vers les droits d'autrui. Enfin, en proposant une conception purement objective de l'universalité, Monsieur NALLET passe outre la dimension nécessairement personnelle et subjective qui se rattache à l'ensemble⁴⁰. C'est d'ailleurs ce même rattachement qui force à prendre en compte les dettes au sein de l'universalité de droit et qui justifie le maintien de la distinction entre celle-ci et l'universalité de fait⁴¹. Ainsi, malgré l'intégration des biens incorporels au sein de l'universalité de fait, la distinction entre les deux types d'universalité semble devoir être conservée. L'unité des ensembles universels réside finalement dans l'approche que nous offrent son étymologie⁴². Les universalités, qu'elles soient de fait ou de droit, constituent toutes des ensembles d'objets divers, réunis dans une masse, un contenant qui transcende ses composants. Nonobstant cette idée commune d'ensemble qui explique l'emploi d'un terme générique pour désigner les différentes masses du droit positif, l'universalité de droit et l'universalité de fait ne peuvent être rangées sous une unique et même catégorie.

10. L'autonomie de l'universalité de fait. – L'usage d'un même vocable suggère des critères communs mais les adjectifs qui s'y rattachent impliquent également des points de divergence. L'universalité de fait ne peut être confondue avec les masses de biens et de dettes que sont les universalités de droit. L'évolution parallèle de ces deux notions dans des directions diamétralement opposées ne doit pas être supprimée mais au contraire entérinée⁴³. L'universalité de fait s'est développée pour permettre de soumettre un ensemble d'éléments divers à un régime unique, parfois dans le cadre d'une unique opération. Ainsi, la bibliothèque peut n'être conçue comme un tout que dans le but de vendre l'intégralité des livres qu'elle contient. Le troupeau peut être formé pour l'unique raison d'en confier la

juridique ne revient-il pas à confondre objet et sujet ? Est-il possible d'affirmer que la succession est douée d'une personnalité juridique ?

⁴⁰ L'auteur l'admet d'ailleurs puisqu'il isole le patrimoine et l'hérédité et rejette la qualification d'universalité les concernant. Il décide alors de rattacher ces ensembles à la personnalité juridique. Or, d'une part, la confusion entre patrimoine et personne a été longuement et justement critiquée (v. en ce sens notamment : A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 ; FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, LGDJ, 1954, t. I, n°67, p. 141. ; H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, éd. A. ROUSSEAU 1910, p. 454. ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003, p. 237 et s. ; dans le même sens, M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010, p. 87-92 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, th. Paris, 1902). D'autre part, adopter ce point de vue revient à accorder la personnalité juridique à l'hérédité ce qui non seulement ne correspond pas au droit positif mais qui serait, s'il fallait l'admettre, source de nombreuses complications, notamment celle qui pousse à voir une double personnalité des héritiers.

⁴¹ Cf. *infra* (n°134 et s.)

⁴² Cf. *supra* (n°1)

⁴³ En ce sens, A. DENIZOT, *op. cit.*, n°162 et s., p. 93 et s.

gestion entière à une même personne. Un portefeuille de valeurs mobilières sera créé pour en permettre l'exploitation globale. À l'inverse, les masses de biens et de dettes semblent répondre à un besoin bien différent. La fiducie ou l'EIRL, pour ne désigner que celles-ci, touchent à la responsabilité du sujet de droit, à ses rapports avec les créanciers. L'approche de ces ensembles universels et la pratique de ces deux techniques patrimoniales, proches dans leur physionomie, se distinguent nettement dans leur rôle et dans leurs fondements⁴⁴. La présente étude propose par conséquent de ne s'intéresser qu'à l'universalité de droit et de délaissier les ensembles de biens uniquement dédiés à la gestion patrimoniale : les universalités de fait.

11. Les difficultés d'une approche systémique de l'universalité de droit. – Une étude du droit positif revient finalement à partir des conceptions contemporaines du droit pour esquisser de nouvelles idées. S'intéresser à l'Histoire et à l'évolution des notions est important mais la difficulté réside dans l'identification de ce qui est intangible et ce qui demande à être changé. Faire le départ entre la tradition⁴⁵ et la nouveauté, entre ce qui constitue l'essence d'une notion et ce qui lui est périphérique, est une entreprise délicate. Si le Droit évolue avec les pensées et les rapports humains qu'il cherche à encadrer, il a surtout vocation à intégrer des situations nouvelles, des objets nouveaux. Or les lois évoluent sous l'influence des mœurs et des pensées ; c'est sous cette influence que le droit a entériné la distinction entre les deux types d'universalité. De la sorte, il nous semble plus opportun de l'embrasser pour ne s'intéresser qu'à l'universalité de droit car la supprimer revient à nier les nuances qu'ont apportés les lois des derniers siècles⁴⁶. Or l'universalité de droit est aujourd'hui définie par la majorité des auteurs comme l'ensemble de biens et de dettes

⁴⁴ La fonction de la notion d'universalité de droit appelle davantage d'explications et de développements et l'objectif de ce travail ne prétend pas à régler cette distinction entre l'universalité de droit et celle de fait, oeuvre dont d'autres ont su parfaitement traiter.

⁴⁵ Il faut entendre par « tradition » celle que propose Monsieur GLENN ou Monsieur RAMBAUD. Ce dernier écrit justement que la tradition « renvoie à l'idée d'information, d'échange de renseignements entre des traditions juridiques vivantes. Là où le « système » porte sur l'idée d'un espace clos qui trouve son fondement en lui-même, la « tradition juridique » implique l'idée d'un processus historique et du résultat actuel de son évolution en lien avec une ouverture sur l'autre. » : TH. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé*, PUF 2014, p. 2. Dans le même sens, H.P. GLENN, « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2003, vol. 55, n°2, p. 263 et s.

⁴⁶ C'est d'ailleurs ce qui est sous entendu dans le discours de HUBER lorsqu'il déclare que « quelque définition que donnât le législateur, il courrait toujours le risque de la voir supplantée au bout de peu de temps par une nouvelle définition plus correcte ou encore d'entraver par la suite le progrès des idées » : E. HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*, éd. Berne 1902, p. 18 et s. En effet, la loi établit les règles que la doctrine analyse ensuite pour la faire évoluer et le jeu de va et viens qui se dessine alors entre théorie et pratique permet les évolutions de la pensée juridique parallèlement à celle des règles et qui ne font que suivre l'évolution des mœurs.

formant un tout dont les éléments actifs et passifs se répondent⁴⁷. Son absence dans les textes⁴⁸ n'a pas freiné la doctrine dans l'emploi du concept. Et c'est sur la base de cette définition que sont apparues de nouvelles notions : le patrimoine, le patrimoine d'affectation, la société unipersonnelle, l'indivision, la communauté des époux sont autant de situations qui sont qualifiées par les auteurs d'universalité de droit. Or « la signification d'un mot ou d'une expression se révèle dans l'application qui en est faite⁴⁹ ». Ce sont ces applications qu'il convient d'étudier pour révéler l'essence de l'universalité de droit, les traits qui en font une véritable notion.

12. L'influence du patrimoine. – Délaisser l'universalité de fait pour se concentrer sur celle de droit implique de s'intéresser à la façon dont cette dernière a été appréhendée par les textes, par les juges et par les auteurs de la doctrine. Conservant le lien étroit entre l'universalité et la personne juridique, AUBRY et RAU ont posé les fondations d'une construction théorique qui allait permettre le déploiement des masses de biens et de dettes. Le rôle des théories du patrimoine dans la construction de la notion d'universalité de droit est ainsi considérable, à un tel point que l'évolution de l'une est indissociable de celle de l'autre. Déjà assimilés chez les glossateurs⁵⁰, l'universalité de droit et le patrimoine ont longtemps entretenu un rapport étroit avec la personnalité juridique⁵¹. Les travaux des éminents auteurs strasbourgeois ont permis par la suite d'entériner cette double confusion : entre universalité juridique et patrimoine d'abord et entre patrimoine et personne ensuite⁵².

⁴⁷ V. par ex. FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Droit civil – Les biens*, PUF 2008, n°134, p. 205 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°19, p. 25 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°13, p. 24 ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens, les obligations*, PUF 2004, n°664, p. 1517 et n°724, p. 1625 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°420, p. 775.

⁴⁸ Expliquée par ceux qui se sont penchés sur la notion par la complexité du terme qui s'oppose aux objectifs actuels de simplification du droit. Ainsi, Madame DENIZOT écrit-elle : « L'expression universalité de fait, pourtant connue du vocabulaire juridique, a soigneusement été évitée, come si l'on avait redouté cette notion encore obscure. Eût-il fallu parler d'universalité de fait ? À l'heure de la simplification du droit, la frilosité du législateur est pardonnable. Sans doute était-il plus sage de délaissier ce terme complexe, vétuste, et, qui plus est, controversé, pour lui préférer un autre, plus accessible et plus moderne... » : A. DENIZOT, *op. cit.*, n°1, p. 7. Dans le même sens, Monsieur NALLET écrit : « La technicité du concept d'universalité serait à ce point rebutante qu'il pourrait paraître préférable de la remplacer par l'idée simple qui en constitue le principe, l'ensemble de biens. La réserve que semble témoigner le législateur traduit-elle un désintérêt, ou pis, d'un désaveu de la notion ? Une absence de définition dans la loi n'est pas une lacune, car on sait, au moins depuis les travaux préparatoires du Code civil, la part qu'il faut savoir faire respectivement à la science et à la législation : ces définitions appartiennent à la doctrine et à la jurisprudence. Cette répartition des rôles apporte de la souplesse et permet de répondre au besoin d'adaptation du droit. » : A. NALLET, *th. préc.*, n°6, p. 5.

⁴⁹ TH. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁰ Notamment par la première distinction entre *universitas personarum* et *universitas rerum* qui fut reprise par la suite par AUBRY et RAU.

⁵¹ V. notamm. FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 et s.

⁵² CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de Droit civil français*, 3^e éd., t. IV, §573 : les auteurs désignent le patrimoine comme « sujet d'obligations » ; v. également M. XIFARAS, *La Propriété – Etude de philosophie du droit*, PUF

L'opposition entre les conceptions objective et subjective de l'universalité trouve d'ailleurs un écho dans la dualité des théories du patrimoine⁵³. C'est ensuite avec l'apparition de nouveaux « patrimoines » que les auteurs se sont interrogés sur l'existence de plusieurs universalités de droit⁵⁴.

13. L'influence de l'Europe et des droits voisins. – Avec le besoin croissant d'harmoniser les règles des pays en son sein, l'Union européenne a cherché à imposer aux Etats-membres l'adoption d'une forme juridique pour accueillir l'entreprise individuelle⁵⁵. Face à ces exigences, la France devait faire un choix cornélien : la société unipersonnelle ou le patrimoine d'affectation. Adopter l'une trahissait la notion de société, introduire l'autre contredisait la théorie classique du patrimoine. Attaché à la tradition léguée par AUBRY et RAU, le législateur français a opté pour la société à associé unique⁵⁶. C'est néanmoins la concurrence des droits voisins⁵⁷ qui l'a poussé à finalement adopter le patrimoine affecté à la française, de manière timide d'abord avec la fiducie⁵⁸, puis de façon plus marquée avec la création de l'EIRL⁵⁹. Ces évolutions législatives ont ainsi favorisé la multiplication des universalités de droit. Mais cette multiplication s'est faite sur l'inspiration d'un modèle, celui du patrimoine⁶⁰. Si celui-ci demeure aujourd'hui absent du droit civil des biens, les réflexions qui ont entouré les débats parlementaires sur la création de ces nouveaux patrimoines ont été

2003, p. 209 : l'auteur désigne les universalités comme des « êtres fictifs » ; de la même manière, le Professeur ZÉNATI écrit-il « le patrimoine dont sont investis les successeurs n'est pas une triviale juxtaposition de biens, ni même une enveloppe comme l'enseignera la vulgate postérieure, mais le sujet de droit lui-même » (nous soulignons) : « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, *RTD Civ.* 2003, p. 670.

⁵³ Les théories, subjective et objective, du patrimoine marque cet emprisonnement du patrimoine entre le sujet et l'objet de droit (v. P. Catala, « La transformation du patrimoine », *RTD Civ.* 1966, p. 186) qui rejaillit sur la notion d'universalité de droit : cf. *infra* (n°33 et s.)

⁵⁴ Il suffit pour s'en convaincre d'observer le foisonnement des travaux portant sur le patrimoine et ses dérivés depuis l'introduction de la fiducie en France en 2007 : v. par ex. ; FR. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Broché 2004 ; C. KUHN, *th. préc.* ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.* ; M.C. AUBRY, *th. préc.* ; R. HADJER, *L'aménagement de l'unité du patrimoine : proposition d'un statut de l'entrepreneur individuel*, th. Lyon III, 2010, etc.

⁵⁵ En ce sens, CL. CHAMPAUD, « Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée en droit français, *RTD Com.* 1979, p. 579 et s.

⁵⁶ Loi n°85-697 du 11 juillet 1985.

⁵⁷ En ce sens, D. LE GRAND DE BELLEROUCHE, « L'intégration du concept de *trust* à l'échelle régionale et mondiale », PUF, Les voies du droit 2004, p. 139 et s. ; FR. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Broché 2004 ; J.P. DOM, « Le trust et le droit français, Aspects de droit privé », *Rev. dr. banc.* 1996, n°56, p. 137-143, spéc. p. 138 ; J.D. BREDIN, « L'évolution du trust dans la jurisprudence française », *Trav. com. fr. DIP* 1974, p. 137.

⁵⁸ Imposée par la signature de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et qui a engendré la loi n°2007-211 du 19 février 2007.

⁵⁹ Loi n°2010-568 du 15 juin 2010.

⁶⁰ C'est d'ailleurs avec l'introduction de ces nouvelles universalités que sont apparues les premières occurrences du terme « patrimoine ». Par exemple l'article 2011 du Code civil parle de « patrimoine propre », l'article suivant qui parle de « patrimoine fiduciaire », l'article L.526-6 du Code de commerce mentionne à son tour le « patrimoine personnel », l'article suivant consacre le « patrimoine affecté », expression reprise dans tous les articles de la section relative à l'EIRL.

orientés autour de la célèbre théorie subjective et de ses lacunes⁶¹. Une telle construction impose de prendre en considération, non pas les conceptions romaines ou médiévales du patrimoine, mais celles qui ont permis de donner naissance à ces nouveaux ensembles universels. Les similitudes des techniques employés dans les systèmes européens invitent à s'interroger sur les limites de cette comparaison.

14. L'impossible unification des droits européens sur la question de l'universalité. – L'apparition en droit français des universalités de droit, qu'il s'agisse du patrimoine ou de ses avatars, est le fruit d'un long processus. Or ce processus est lui-même le résultat d'une évolution des mœurs, des pensées, des façons de gouverner. Ainsi malgré l'influence du droit européen et des autres droits voisins, l'appel du droit comparé ne semble pas être la voie la plus appropriée pour aborder la notion d'universalité de droit. Le rôle du comparatiste ne se limite pas à la mise en parallèle de deux systèmes juridiques mais également des contextes socio-politiques dans lesquels ces systèmes s'inscrivent⁶². Les limites de la comparaison résident d'ailleurs dans cette mise en perspective car l'analyse qu'offre cette discipline n'a pas vocation à unifier des systèmes profondément différents mais au contraire à souligner leurs divergences. Or l'Histoire du Code civil est marquée par le contexte socio-politique dans lequel il a été créé⁶³. Les philosophies qui sont au fondement de son contenu marquent le compromis entre la Révolution et l'Ancien Régime, entre les

⁶¹ V. notamm. AN, Rapport de Mme Laure DE LA RAUDIÈRE, n° 2265, présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur à responsabilité limitée. L'un des députés avait alors déclaré : « Faut-il enfin rappeler que l'idée du patrimoine d'affectation est pour la première fois apparue dans un rapport de 1985 sur l'EURL, dont l'auteur, M. ARTHUIS, regrettait que l'on n'en ait pas fait le choix au lieu de ce dernier statut : il devrait être aujourd'hui satisfait. » (J.J HYEST, rapporteur). Dans le même sens, v. J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP E* 1986, II, 14684 ; H. LETTELIER, « Les insuffisances de l'EURL », *Dr. et patrimoine*, avr. 2010, p. 74.

⁶² Un auteur écrit ainsi : « le point de départ, ce sont les méthodes elles-mêmes et les modèles construits des objets de comparaison. Cependant, ces méthodes et ces modèles sont des schèmes, des structures ou des grilles de lecture conceptuelles et, ainsi, il est permis peut-être de recourir à la notion de « théories intermédiaires » dans la mesure où l'expression « théorie » s'applique aux méthodes de raisonnement, aux schèmes d'intelligibilité, aux paradigmes et aux approches épistémologiques. Le fonctionnalisme, le structuralisme, l'herméneutique font partie de la méthodologie des sciences sociales, mais ces schèmes s'appliquent également aux « théories » du point de vue épistémologique. En fait, les aspects théoriques qui informent la méthodologie en droit comparé ne se limitent pas aux théories juridiques, mais comprennent en outre celles qui s'inscrivent dans les sciences sociales en général. A la vérité, ce sont les « théories » en dehors de la discipline du droit qui se révèlent les plus pertinentes pour le comparatiste, à tel point que celles qui sont élaborées au sein du droit sont, semble-t-il, un obstacle à l'épistémologue en ce qu'elles se limitent à un programme herméneutique et textualiste. » : G. SAMUEL, « Droit comparé et théorie du droit », *RIEJ* 2006/2, vol. 57, p. 1 et s.

⁶³ En ce sens, J. DUPICHOT, « De l'importance de l'histoire et du droit comparé dans le temps, libres propos d'un privatiste praticien », in *Mélanges X. BLANC-JOUVAN*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 55-67.

Lumières et les réactionnaires⁶⁴. Cette ambivalence rejaillit sur la construction de la notion d'universalité de droit car celle-ci semble reposer sur les rapports entre la personne qui est à la fois débitrice et propriétaire d'un côté et ses créanciers de l'autre⁶⁵. Or comme le souligne l'étude sociologique menée par la Professeure FRISON-ROCHE, au sujet de l'opportunité d'introduire une fiducie en droit positif, le droit français retient une conception belliqueuse des rapports entre créancier et débiteur⁶⁶. Cette particularité française explique la méfiance avec laquelle le législateur national a consacré les nouvelles universalités. Elle permet également d'expliquer la nécessité d'harmoniser plutôt que d'unifier les pays de l'Union européenne sur le sujet. À titre d'exemple, on observe que le *Trust* anglo-saxon repose sur la confiance et l'affectation de la propriété⁶⁷, là où les universalités juridiques françaises sont principalement gouvernées par la méfiance et la protection des créanciers⁶⁸. Cette différence des systèmes justifie ainsi l'indépendance de nos recherches par rapport aux droits voisins. Ce sont enfin les particularités de la pensée juridique française qui ont forgé l'universalité telle qu'elle apparaît aujourd'hui⁶⁹. Et ce sont ces mêmes particularités qui imposent de

⁶⁴ En ce sens, J.L. HALPÉRIN, « Le projet de l'an IX, matrice du code civil ? », *Droits* 2005/2, n°42, p. 19 et s. ; P. SERRAND, « La loi dans la pensée des rédacteurs du code civil », *Droits* 2005/2, n°42, p. 31 et s. ; J.F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Histoire de la justice* 2009/1, p. 121 et s.

⁶⁵ Cf. *infra* (n°39 et s. ; v. également n°308 et s.)

⁶⁶ On constate, d'un point de vue sociologique, une « opposition radicale entre créancier et débiteur, [... et c'est] une spécificité française, le droit anglo-saxon ayant une conception moins belliqueuse des choses » : M.A. FRISON-ROCHE, « Sociologie du patrimoine - La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine », in *Rapport remis à la Chancellerie*, Assas Paris II, Laboratoire de sociologie juridique, 1995, n°68, p. 59.

⁶⁷ L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845 ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, Doctr. 28631, p. 1094 ; CL. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de la Haye relative au trust », *D.* 2007, p. 1369.

⁶⁸ Un auteur écrit ainsi au sujet des origines du *Trust* (et du *Use*) : « *Everyone is now I think agreed that these institutions of Roman Law are merely analogies of a superficial kind ; and that though some of them may have had some slight influence on the development of the Use in the thirteenth and fourteenth centuries, we must look elsewhere for its origin* » : W.S. HOLDSWORTH, « The English Trust – Its origins and influence in English Law », *TVR* 1923, p. 367 et s. Dans le même sens, CH. LARROUMET, « La fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990, p. 119 ; L. AYNÈS, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559 ; M. NICOLLE, « La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire », *D.* 2014, p. 2071 ; M. CANTIN-CUMYN, « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries », in *Re-imagining the Trust – Trusts in Civil Law*, (dir.) L. SMITH, éd. Cambridge University Press 2012, p. 6 et s. ; Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au *trust* de la *Common Law* : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009-1, p. 49 et s. ; H. GIRAUD, « Réflexions au sujet du paradigme selon lequel la fiducie française est transposée de la common law, com-paraison entre le droit écossais des trusts et le projet de fiducie en France », *Banque et droit* 2006, n° 105, p. 25 ; E. SÉNÉCAL, « Un trust, version française », *JCP G* 2007.24. act. 316 ; CL. WITZ, *ibid.*

⁶⁹ « Les civilistes ont été amenés à se demander quels étaient les concepts fondamentaux qui, consciemment ou inconsciemment, ont été placés à la base de la technique juridique actuelle du droit civil. Nous disons bien actuelle, car il est important de signaler au sein de la doctrine de l'École scientifique la substitution de la conception organique et la science du droit à la conception historique de ladite science. (...) La conception organique part de cette idée que, sous le rapport de l'élément expérimental du droit, chaque époque se donne des règles positives qui cadrent à la fois avec les moeurs du moment, l'orientation générale des esprits et les exigences variables non seulement de chaque période mais dans chaque période de chaque milieu. » : R. GARY, *op. cit.*, p. 12-13.

consulter le passé du droit français pour en identifier les lacunes présentes et en proposer une analyse tournée vers le futur.

15. L'intérêt d'une étude de l'universalité de droit. – Cette construction lente et progressive de l'universalité de droit a privé la notion de contours clairs, ce qui soulève des interrogations. L'universalité de droit a-t-elle toujours été un ensemble de biens et de dettes ? (La fiducie doit-elle comprendre des dettes ?) Est-elle, à l'image du patrimoine, emprisonnée entre sujet et objet ? (Faut-il accorder la personnalité juridique à l'EIRL ?) Ses applications sont-elles identiques au patrimoine ou s'en inspirent-elles simplement ? (Peut-on parler de patrimoine fiduciaire ? s'agit-il d'un sous-patrimoine ?) Si l'universalité de fait se distingue de l'universalité de droit en raison du rôle que chacun de ces ensembles jouent au sein du système juridique, le patrimoine et les autres universalités juridiques remplissent-elles la même fonction ? L'étude systémique de l'universalité de droit invite à en chercher les applications en droit positif pour en identifier les caractéristiques essentielles. Le travail de recherche autour d'une notion ne se résume-t-il pas finalement à en trouver l'essence pour en déduire le régime ? L'emploi par les auteurs de l'expression pour désigner de nombreuses réalités pourtant différentes traduit un besoin de délimiter les contours de la notion.

16. La construction d'une théorie générale. – Ignorée de la législation pendant longtemps⁷⁰, la notion d'universalité de droit a été façonnée par les auteurs en dehors des textes qui l'ont créée. Elle a ainsi été conceptualisée à travers ses multiples manifestations sans être reconnue comme une véritable notion. Ce sont ces applications de l'universalité de droit qui doivent constituer le point de départ de notre analyse puisque ce sont elles qui ont permis d'édifier la notion. L'examen de leur apparition, en commençant par celle du patrimoine, fera apparaître les points communs et divergences entre les masses de biens et de dettes, révélant ainsi les caractères essentiels de l'universalité juridique. Cette étape comparative ne peut se faire sans prendre en considération les relations qu'entretiennent ces différentes masses entre elles, d'un point de vue technique mais aussi historique. En ce sens, il s'agit de proposer une théorie générale de l'universalité de droit plutôt que d'en faire une approche purement notionnelle car « la théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée

⁷⁰ Hormis les quelques occurrences de l'universel pour désigner le legs ou la transmission et qui traduisent toutes deux l'idée d'un tout, d'une globalité.

relative à une matière déterminée⁷¹ ». En ce sens, la théorie générale offre l'avantage d'une vue d'ensemble, d'une prise de recul par rapport à l'objet étudié⁷². C'est donc une approche globale de l'universalité de droit que nous proposons et qui traduit l'émergence de la notion (PARTIE 1). Mais appréhender les universalités juridiques sous un unique angle malgré la diversité de ses émanations impose de proposer un régime unique correspondant. Il ne s'agit pourtant pas d'effacer les spécificités de chacune de ces universalités mais de construire un tronc commun de règles applicables à toutes (PARTIE 2).

PARTIE 1 – L'EMERGENCE DE LA NOTION D'UNIVERSALITE DE DROIT

PARTIE 2 – LA CONSTRUCTION D'UN DROIT COMMUN DE L'UNIVERSALITE DE DROIT

⁷¹ D. MARTIN, Préface à la thèse de J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984. Dans le même sens, v. J. DABIN, *Théorie générale du Droit*, Dalloz 1969, n°7, p. 8 : pour qui, la théorie générale permet de « dégager la signification de la norme juridique telle que peut la révéler une analyse de sa finalité et de sa fonction d'une part, de sa structure et de ses procédés d'autre part. » ; J.L. BERGEL, *op. cit.*, p. 3 qui écrit : « la théorie général du Droit a pour objet de saisir le phénomène juridique par l'étude de sa raison d'être, de ses finalités, de ses concepts fondamentaux, de sa mise en oeuvre, de ses instruments de sa méthode. En un mot, elle étudie l'ordre juridique dans sa globalité, à travers son 'pourquoi ?' et son 'comment ?' » ; PH. JESTAZ & CH. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz 2004, p. 230-231. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ 1997, n°X, p. 6-7.

⁷² Elle a néanmoins l'inconvénient de s'éloigner ainsi des réalités pratiques.

PARTIE 1 – L’EMERGENCE DE LA NOTION D’UNIVERSALITÉ DE DROIT

« *La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique* ».

B. PASCAL,
Les Pensées, t. I, éd. Renouard Paris 1670.

17. Patrimoine et universalité, des rapports ambigus. – L’universalité de droit est souvent assimilée au patrimoine ; certains auteurs écrivent d’ailleurs que « l’universalité de droit n’est pas autre chose qu’un patrimoine, (c’est-à-dire un ensemble de droits, tant réels que personnels, constituant un actif, lequel actif servira au besoin à répondre d’un passif spécifique)⁷³ ». Pour beaucoup, ce dernier en est la première, sinon la seule expression⁷⁴. Cette équivalence unanime entre les notions de patrimoine et d’universalité permet de s’intéresser, dans un premier temps, au seul patrimoine qui, contrairement à l’universalité de droit⁷⁵, a fait l’objet de nombreuses études. Au-delà de cet avantage scientifique, le patrimoine est présenté historiquement comme la première universalité de droit, de sorte que la confusion dont ces deux notions font l’objet semble avoir offert un terrain fertile pour la création de nouvelles masses de biens et de dettes, sur le modèle du patrimoine. Il paraît alors

⁷³ W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n°420, p. 775.

⁷⁴ En ce sens, B. STARCK, *Droit civil – Introduction*, Paris Librairie technique 1976, n°332 et s., p. 137 et s. ; L. AYNÈS & PH. MALAURIE, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2016, n°11, p. 8 ; CH. LARROUMET, *Droit civil – Les biens et droit réels principaux*, t. II, Economica 2006, n°466, p. 265 ; S. GUINCHARD, *L’affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°384, p. 330 ; R. GARY, *Essai sur les notions d’universalité de fait et d’universalité de droit*, th. Bordeaux 1931, p. 250 et s., p. 310 et s.

⁷⁵ Cf. *supra* (n°3).

nécessaire de commencer par l'étude du patrimoine, de son apparition, de sa signification, de sa fonction.

18. Le patrimoine, parangon de l'universalité de droit. – La méthode choisie consiste à partir de la « prétendue » seule application de l'universalité de droit, à savoir le patrimoine. L'évolution des législations, qui admet la pluralité des patrimoines permet de mener à bien cette étude. Il suffit de prendre les points communs entre tous les patrimoines existant pour pouvoir identifier ses critères. De là, il sera possible de déterminer ce qui relève de l'universalité et ce qui relève du patrimoine. L'emploi du même terme pour désigner les deux ensembles doit tendre à une communauté de caractères, de nature et de régime ou du moins, à la création d'un tronc commun de règles. Les similitudes entre deux notions laissent penser qu'il n'en existe qu'une seule ; et à cette notion unique correspond un régime unique et l'unicité de la notion d'universalité de droit peut engendrer une multiplicité d'applications. Pourtant, l'apparition de la notion de patrimoine résulte de travaux bien plus récents que celle d'universalité. Celle-ci peut se présenter, de façon générique, comme l'abstraction nécessaire à une mise en relation entre biens et dettes. Identifier le patrimoine à une universalité juridique semble alors possible mais insuffisant. On peut y déceler une relation de genre et d'espèce qu'il conviendra d'étudier. En d'autres termes, pour définir l'universalité de droit (TITRE 2ND), il faut au préalable définir le patrimoine et analyser ses relations avec les autres ensembles, de biens et de dettes (TITRE 1^{ER}).

TITRE 1^{ER} – LE PATRIMOINE, MODÈLE D'UNIVERSALITÉ DE DROIT

TITRE 2ND – L'AUTONOMIE DE LA NOTION D'UNIVERSALITE DE DROIT

TITRE 1^{ER} – LE PATRIMOINE, MODÈLE DE L’UNIVERSALITÉ DE DROIT

19. Comprendre le patrimoine. – L’universalité de droit, rarement traitée de manière autonome, est indubitablement liée au patrimoine. Or l’histoire de ce dernier fait apparaître les erreurs d’interprétation dont il a été victime. Mal compris, le concept de patrimoine s’est vite transformé en dogme. Il est désormais placé aux rangs des notions axiologiques, celles qui relèvent plus d’un certain courant de pensée. Or le patrimoine a intégré les règles du système juridique français de sorte que la notion n’est pas ou n’est plus purement doctrinale⁷⁶. Mais les théories qui l’ont construite sont également l’œuvre d’une évolution des mentalités et des philosophies propres à chaque époque. Il est alors nécessaire de se pencher sur l’apparition du patrimoine. C’est en effet dans cette analyse historique de la notion qu’il sera possible de déterminer le moment à partir duquel le patrimoine et l’universalité de droit sont devenus des termes équivalents. Et à en croire les fervents défenseurs de l’unicité du patrimoine, il ne devrait exister qu’une catégorie d’universalité de droit. Mais la classification est un exercice juridique incompatible avec les doublons. Les synonymes n’existent pas, ou ne devraient pas exister, en Droit. Or historiquement, il existe une différence entre universalité de droit et patrimoine. Il faut dès lors vérifier si malgré l’identité traditionnellement admise par une grande majorité des auteurs, il n’est pas possible

⁷⁶ À ce titre, il suffit d’observer l’apparition récente du terme au sein des textes, notamment avec l’introduction des « patrimoines d’affectation » en Droit français. La définition de la fiducie, par exemple, proposée par l’article 2011 du Code civil, emploie bel et bien le terme « patrimoine propre » et de « patrimoine fiduciaire ».

de distinguer les notions. Mais avant d'étudier la relation qu'entretiennent patrimoine et universalité juridique, il faut définir le patrimoine et l'universalité.

20. L'existence de masses similaires au patrimoine. – En considérant le patrimoine comme une masse fonctionnelle de biens et de dettes qui se répondent, il semble possible de reconnaître, en droit positif, l'existence d'ensembles similaires. C'est d'ailleurs de cette idée qu'est née la notion de patrimoine d'affectation qu'il conviendra d'analyser⁷⁷. D'autres masses de biens et de dettes réunissent pourtant les mêmes caractéristiques que le patrimoine. Outre les ensembles tels que la fiducie, l'agent des sûretés ou l'EIRL, les fonds communs de titrisation, le fonds maritime, l'indivision ou la masse commune du régime matrimonial légal sont autant de masses qui partagent la même structure et la même fonction que le patrimoine. Sans pouvoir, pour l'heure, les qualifier comme tel, il conviendra, dans un premier temps, d'embrasser l'assimilation des notions et de les désigner comme des universalités de droit.

21. La confirmation d'une identité entre les notions. – L'étude de la notion de patrimoine et du sens qu'en donnent aujourd'hui la loi et la doctrine fait apparaître les raisons de sa confusion avec l'universalité de droit. Le constat de similitudes appelle des éclaircissements et invite à s'interroger sur l'étendue des points communs que partagent toutes ces masses de biens et de dettes. Jusqu'où va cette ressemblance entre patrimoine et universalité ? Faut-il conclure à l'existence de nombreux patrimoines en droit français ? Au contraire, les limites de cette assimilation permettront-elles de dissocier les notions ? Pour répondre à ces questions, il faut donc constater et expliquer la confusion des notions (CHAPITRE 1) avant d'en étudier les effets et l'étendue (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1^{ER} – UNE CONFUSION DIACHRONIQUE ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

CHAPITRE 2ND – L'ETENDUE DE LA CONFUSION ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

⁷⁷ Cf. *infra* (n°207).

CHAPITRE 1^{ER} – UNE CONFUSION DIACHRONIQUE ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

22. L'assimilation des notions. – Si le patrimoine est perçu dans le langage courant comme l'ensemble des richesses d'une personne⁷⁸, son sens juridique est traditionnellement plus éloigné de cette réalité⁷⁹. Il s'entend de « l'ensemble de biens et de dettes formant un tout dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés⁸⁰ ». Aux richesses sont donc ajoutées les dettes⁸¹ ; l'acception juridique du patrimoine inclut une dimension passive ignorée du sens commun. Cette définition rejoint celle de l'universalité de droit qui est perçue comme « l'ensemble des biens et des dettes formant un tout dont les éléments actifs et passifs sont inséparablement liés⁸² ». Cette conception de l'universalité de droit semble emporter l'approbation majoritaire de la doctrine⁸³. En ce sens, universalité de droit et patrimoine sont

⁷⁸ Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Robert*, 2014.

⁷⁹ Cet éloignement a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques et certains auteurs ont milité pour un rapprochement entre les deux acceptions du terme : v. notamment A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 et s. ; v. également du même auteur, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Patrimoine. Et dans le même sens, M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII 2010 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoines*, th. Rennes I 2016.

⁸⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011.

⁸¹ Il convient pour l'heure de conserver cette définition du patrimoine pour en vérifier la justesse plus tard : cf. *infra* (n°134 et s.)

⁸² G. CORNU, *op. cit.*, V°Universalité. Il faut noter à ce titre que l'ouvrage définit ainsi l'universalité avant d'introduire dans un deuxième temps, une distinction avec l'universalité de fait définie comme « l'ensemble de biens formant une collection ou une entité complexe prise globalement comme un bien unique et soumise à un régime juridique particulier ».

⁸³ V. notamm. les manuels de droit des biens : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Droit civil – Les biens*, PUF 2008, n°134, p. 205 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°19, p. 25 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°13, p. 24 ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les*

synonymes⁸⁴. Le projet de réforme du droit des biens proposé par l'association HENRI CAPITANT⁸⁵ reprend d'ailleurs non seulement ces définitions, purement doctrinales, mais également et surtout l'assimilation des deux notions. Il convient pourtant de se demander d'où vient cette assimilation et quelles en sont les suites.

23. Le constat d'une pluralité. – Cette assimilation doctrinale de deux termes, de deux notions, celles de patrimoine et d'universalité de droit, invite à rechercher une certaine forme de pluralité car là où le Droit propose des qualifications, le juriste cherche les critères qui permettent de faire rentrer tel ou tel objet dans telle ou telle catégorie. Ce procédé implique d'identifier les critères qui caractérisent le patrimoine et de vérifier si ces critères peuvent exister en dehors du seul patrimoine, s'il existe en effet d'autres patrimoine ou, du moins, d'autres ensembles de biens et de dettes répondant d'une structure identique. Il se trouve que le patrimoine est une notion fonctionnelle⁸⁶ : il permet de corréler les biens et les dettes d'une personne autour de la poursuite d'un intérêt déterminé. C'est cette fonction qui semble se retrouver dans d'autres ensembles de biens et de dettes, ce qui permet d'attester de l'existence d'une véritable ressemblance entre le patrimoine et les universalités de droit. Il s'agit en d'autres termes, d'étudier l'origine cette assimilation (*SECTION 1*) avant d'en vérifier l'existence (*SECTION 2*).

SECTION 1 – LES ORIGINES DE L'ASSIMILATION ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

SECTION 2 – UNE IDENTITE STRUCTURELLE ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

biens, les obligations, PUF 2004, n°664, p. 1517 et n°724, p. 1625 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°420, p. 775.

⁸⁴ Le législateur lui-même va jusqu'à les confondre. On constate d'une part que les textes faisant référence à l'universel entendent le terme comme mettant en relation des biens et des dettes. Ainsi en est-il du lien établi dans le legs universel ou à titre universel par l'article 1012 du Code civil ; de la transmission universelle des articles 1844-4 et 1844-5, al. 3 du même code. D'autre part, les règles, plus récentes, relatives à l'EIRL ou à la fiducie désignent bel et bien le patrimoine comme un ensemble de biens et de dettes (v. art. 2011 et s., C. Civ ; art. L.526-1 et s., C. Com).

⁸⁵ L'article 519 de l'avant-projet de réforme de l'association H. CAPITANT prévoit que « le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif ». Largement inspirée de la définition du Vocabulaire juridique, ce projet reprend expressément les courants doctrinaux majoritaires : « les définitions retenues n'ont aucun caractère révolutionnaire » : Avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri CAPITANT.

⁸⁶ Analyser le patrimoine comme une notion fonctionnelle est nécessaire car c'est cette même fonction que nous retrouvons dans les autres masses de biens et de dettes : cf. *infra* (n°96).

**SECTION I – LES ORIGINES DE LA CONFUSION ENTRE UNIVERSALITE DE
DROIT ET PATRIMOINE**

24. Le rapport du patrimoine aux autres notions. – L'étude du patrimoine nécessite de reconsidérer de nombreuses notions fondamentales du Droit privé car il est au croisement de nombreuses branches du Droit. Sa transformation est liée à l'évolution de la notion de bien, de celle de dette, de celle d'obligation et de bien d'autres encore. Ces différentes notions font elles-mêmes l'objet de discordes doctrinales et d'incohérences législatives et aucune définition claire et unanime n'existe à leur sujet. La notion de bien par exemple peut recouvrir une réalité plus ou moins large du monde physique ou intellectuel. Ses différentes acceptions soulèvent nécessairement la question de son sens et de ses caractéristiques. Comment définir le bien juridique ? De la même manière, la dette est un terme employé par de nombreux textes, légaux, jurisprudentiels, pédagogiques ou scientifiques. Sa définition en droit n'a pourtant fait l'objet que de très peu d'études⁸⁷.

25. Méthodes de recherche d'une définition. – Parce qu'il repose sur de nombreuses notions juridiques, le patrimoine est davantage sujet au changement et à la critique que d'autres. Si le bien juridique reçoit une définition dans la pensée d'une époque, il peut renvoyer à une toute autre idée à une autre époque. Le Droit romain et l'Ancien Droit considéraient par exemple que le bien juridique était nécessairement corporel, la seule division qu'il connaissait s'est alors construite autour du meuble et de l'immeuble⁸⁸. L'intégration des choses incorporelles, dans la société d'abord et dans le système juridique français ensuite, invite à voir une nouvelle division des biens juridiques, entre corporel et incorporel⁸⁹. Cet exemple permet de rendre compte de la contingence du concept de patrimoine car son évolution semble concerner tous les éléments qui participent à sa définition⁹⁰. Ces changements sont justifiés par le système de réforme à droit constant et

⁸⁷ Hormis les études sur la circulation des dettes comme la thèse de Monsieur GAUDEMET par exemple, la doctrine n'offre que très peu d'analyses de la notion même de dette : E. GAUDEMET, *Le transport des dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon Assas 2014.

⁸⁸ J.PH. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz 2002, n°213 et s., p. 269 et s.

⁸⁹ En ce sens par exemple, v. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 186 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz-Litec 2004, p. 297 et s.

⁹⁰ Ainsi, un auteur écrit-il : « les notions de famille et de patrimoine sont sujettes à évoluer lentement, de façon insensible, et le recul du temps est nécessaire pour que leurs mutations deviennent clairement perceptibles pour l'opinion publique et pour la loi. Elles ne sont pas sujettes aux impérieux des faits ou de la conjoncture économique. Elles pourraient être, il est vrai sensibles à des transformations politiques, comme on l'a bien vu lors de la Révolution, mais il n'y en a plus eu de comparables depuis lors » : H. VIALLETON, « Famille,

chaque loi nouvelle apporte un nouveau visage au patrimoine qui s'en trouve ainsi méconnaissable. Soumis constamment à des mutations, le Droit renferme également sa part de permanence. Il est donc nécessaire, dans l'analyse de toute notion, de s'intéresser au passé et au présent pour déterminer l'avenir car dans ce domaine, changer est nécessaire, dénaturer est interdit. C'est pourquoi dans tout exercice de définition, la recherche des fondements de la notion à définir est une étape primordiale.

26. La fonction du patrimoine. – Le patrimoine semble trouver ses fondements dans le rôle que lui a attribué la doctrine. Or la fonction peut être définie comme le rôle que joue un objet dans un ensemble auquel il est inséré⁹¹. La fonction exécutive par exemple est le rôle que joue le gouvernement dans la structure étatique, aux côtés des pouvoirs législatif et judiciaire. De la même manière, lorsqu'une personne assume les fonctions de dirigeant social, il prend un rôle défini parmi les organes de la société. Dans un tout autre domaine, l'aiguille des secondes joue un rôle particulier dans la mécanique de la montre. Sa fonction de mesure du temps est insérée dans un ensemble plus important : l'accomplissement de son rôle est donc nécessaire à un plus grand dessein. Loin d'être inutile, le patrimoine se présente historiquement comme une notion fonctionnelle. S'intéresser au passé consiste d'abord à retracer l'apparition de la notion, ce qui permet d'en comprendre la construction et l'utilité (I). Mais le patrimoine n'est pas qu'une œuvre symbolique, il est aussi juridiquement fonctionnel (II).

I. Le patrimoine, une notion historiquement fonctionnelle

27. Patrimoine et *patrimonium* romain. – L'acception actuelle du patrimoine comme l'ensemble des biens et dettes d'une personne, se distingue du *patrimonium* romain qui ne désignait, à l'époque, qu'un ensemble de biens venant du *pater familias*⁹². Mais force est ici d'admettre que « les juristes romains se placent d'un point de vue plutôt concret et

patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », in *Mélanges J. MAURY*, éd. Dalloz & Sirey 1960, t. II, p. 580. Notons néanmoins que l'auteur vise ensuite les évolutions de la composition des patrimoines et non celle du concept même quoique les deux soient liées.

⁹¹ La définition philosophique de la fonction est « le rôle propre et caractéristique joué par un organe dans un ensemble dont les parties sont interdépendantes. » : A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010, V^o Fonction ; dans le même sens, v. *Dictionnaire Larousse*.

⁹² Notons ici que certains auteurs souhaitent revenir à cette acception du patrimoine ; celui-ci ne serait alors composé que d'actifs actuel (les seuls biens présents seraient pris en compte), ce qui permettrait non seulement de revenir à l'acception romaine du *patrimonium* mais aussi de correspondre au sens courant donné au terme « patrimoine » : v. en ce sens, A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », in *RTD Civ.* 1994, p. 801.

qu'ils ne considèrent guère le patrimoine qu'au moment de sa transmission⁹³ » ce qui explique leur désintérêt pour la notion, laissant ainsi un vide au lieu de sa définition et/ou de sa théorie. Il faut en réalité nuancer cette dissociation entre la définition actuelle du patrimoine et la notion romaine de *patrimonium*. Si les deux acceptions divergent quant à leurs compositions, à leurs fonctions et à leurs symboles, il convient de voir que le concept d'ensemble⁹⁴ est présent dans les deux⁹⁵. La version romaine du patrimoine était d'abord également conçue comme un ensemble de biens mais cet ensemble est fédéré autour du père de famille, du *pater familias*. De la même manière, une relation entre le réel et le personnel peut d'ores et déjà être décelée en droit romain puisque le terme *patrimonium* renvoie au « statut légal du *pater*⁹⁶ », ce dernier est une personne alors que la notion renvoie à ses biens⁹⁷ ; ainsi, le patrimoine est à cette époque, « une espèce de prolongement social de la personne⁹⁸ ». Ainsi, le patrimoine actuel, comme le *patrimonium* romain, connaît une mise en relation du réel et du personnel⁹⁹. Enfin, l'ensemble comprend à la fois un actif et un passif corrélatif. Les caractéristiques du patrimoine se retrouvent ainsi dans la notion romaine correspondante. Il est malgré tout impossible de les assimiler car au-delà de ces premières similitudes, la grande différence qui doit permettre de marquer la dissociation des notions réside dans les fonctions respectives des deux conceptions du patrimoine. Le patrimoine semble aujourd'hui constituer, avant tout, le gage général des créanciers¹⁰⁰ ; il en va autrement du *patrimonium* romain qui ne sert qu'à la transmission des biens au moment du décès. Ce n'est donc qu'à la mort que la personne disparaît pour faire apparaître l'universalité¹⁰¹. La relation ainsi établie entre la personne et ses biens est une affaire d'instant et le personnel est alors séparé du réel par une division temporelle : le *patrimonium* n'apparaît que lorsque la personne disparaît. À l'inverse, le patrimoine permet une division spatiale du personnel et du réel : le patrimoine – ensemble de biens – coexiste avec la personne mais dans des univers différents, celui des choses et celui des personnes. C'est de cette différence qu'il convient donc de partir pour analyser les origines du patrimoine.

⁹³ J.P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du Droit civil*, Précis Dalloz 2002, n°221, p. 287.

⁹⁴ Le terme « ensemble » est maladroit puisqu'il ne précise pas les relations qu'entretiennent les composantes de l'ensemble : cf. *infra* (n°162).

⁹⁵ En ce sens, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réed. J.P. LÉVY, Dalloz 2003, p. 260.

⁹⁶ Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine – note sur le rapport sujet-objet en droit romain », in *Arch. Philo. du Droit*, t. 25, 1980, p. 422.

⁹⁷ Dans le même sens, E. PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*, libr. Arthur Rousseau, 1925, p. 167.

⁹⁸ E. PETIT, *ibid.*

⁹⁹ Cf. *infra* (n°46 et s.)

¹⁰⁰ Cf. *infra* (n°61 et s.)

¹⁰¹ En ce sens, P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 2, *Les biens*, PUF 1961, n°29, p. 50.

28. Patrimoine et Révolution. – Le Code civil français trouve ses origines dans les idéologies politiques et philosophiques de l'époque révolutionnaire. Le patrimoine est issu de ces mêmes idéologies et son apparition est justifiée par la disparition concomitante de la contrainte par corps (A). L'étude de ses origines permet d'expliquer les théories qui ont tenté de l'expliquer. Cette analyse théorique et historique du patrimoine est révélatrice d'une fonction essentielle de la notion (B).

A. Le patrimoine en remplacement de la contrainte par corps

29. Les sources philosophiques du patrimoine. - L'analyse philosophique du Droit permet de rendre compte des changements de mœurs qui ont motivé la transformation des règles juridiques. L'opposition entre les valeurs morales de l'Ancien Droit et du Droit révolutionnaire trouve un antagonisme symétrique entre les philosophes qui défendent l'un ou l'autre de ces systèmes. À deux systèmes juridiques correspondent donc deux courants philosophiques opposés. Prenant le parti des Lumières et notamment de ROUSSEAU, de LEIBNITZ et surtout de KANT, ZACHARIAE va créer la notion de patrimoine en partant de l'étude de la propriété sous l'angle de l'individualisme et des libertés, si chers à ses inspirateurs¹⁰². Il débute son œuvre par l'analyse du rapport entre l'homme et les choses ou, en d'autres termes, par la catégorisation des biens qu'il qualifie de patrimoniaux. Ces derniers sont alors désignés sous l'appellation d'« objets extérieurs » qui s'opposent aux « biens innés¹⁰³ ». Il semble alors entendre les premiers comme tous les biens d'existence concrète et matérielle et les seconds comme tous les éléments attachés à la personne. Partant de cette distinction, l'auteur décide de rassembler ces objets extérieurs pour en former une unité, un ensemble sous l'appellation patrimoine. De ce constat naissent plusieurs remarques : d'abord, l'œuvre qui est à l'origine du patrimoine est partie de l'étude de la propriété. Ensuite, la classification des objets de propriété a pour point d'ancrage l'individu. Le rattachement des

¹⁰² Des auteurs se sont alors penchés sur la théorie de ZACHARIAE en analysant les fondements philosophiques desquels est née la théorie du patrimoine avant d'arriver dans l'hexagone ; c'est ainsi que M. ZÉNATI, a pu identifier l'influence des Lumières sur le Code Napoléon et celle particulière de KANT, DESCARTES et LEIBNITZ sur la pensée de ZACHARIAE : v. Fr. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667, spéc. 669. De la même manière, M. XIFARAS s'est intéressé à cette étude allemande du Code Napoléon en relevant les influences philosophiques de ZACHARIAE mais surtout en soulignant les différences qui ont résulté de la traduction de son œuvre par AUBRY et RAU : v. M. XIFARAS, *La propriété – Étude philosophique du droit*, PUF 2004, spéc. p. 199 et s. ; en ce sens également, A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008, n°49 et s., p. 28 et s. ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II dactyl., 1998, n°27 et s., p. 34 et s.

¹⁰³ K.S. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, III, §573, p. 422-424, cité par M. XIFARAS, *op. cit.*

biens à l'inné et au monde extérieur est, d'un point de vue philosophique – et dans une certaine mesure, sociologique – révélateur d'une pensée axée sur l'individu et sa liberté. En effet, opposer les biens extérieurs et les biens innés revient à analyser les choses par rapport à la personne. Cette dernière est ainsi placée au centre de toute réflexion. Noyau du raisonnement originel, la notion de personne et, particulièrement, celle de personne libre, va donner naissance à celle de patrimoine¹⁰⁴.

30. Le patrimoine, une notion issue de la Révolution. - La notion de patrimoine prend ses racines dans l'idée que la liberté est reine et doit être protégée au sacrifice de certains anciens principes « devenus ridicules »¹⁰⁵. La protection de la personne humaine devient alors une priorité pour les valeurs de la République et le Droit qui la gouverne. Cette protection s'est développée sous différentes formes notamment la sacralisation de la propriété individuelle¹⁰⁶, l'apparition de la notion de dignité¹⁰⁷ ou celle du respect de la vie privée. Dans la lignée de ces nouvelles valeurs, le Droit a évolué vers l'abandon de la contrainte par corps. Notion issue du droit romain¹⁰⁸, cette pratique correspond à l'emprisonnement du

¹⁰⁴ En ce sens déjà, un auteur a pu écrire que « cette conception, à la fois abstraite et réifiée de la personne, pourrait, à la lumière des deux derniers exemples (privilèges des peines pécuniaires, suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale), être mise au compte, à juste titre, d'une humanisation du droit et en même temps facilement restituée dans la perspective historique et philosophique du Siècle des lumières » : R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la Théorie du patrimoine D'AUBRY et RAU », *Arch. Phil. Dr.* 1979, t. 24, p. 250 ; dans le même sens, Fr. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 669 ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris, 1998, n°99, p. 87 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°423-1, p. 782.

¹⁰⁵ « Quand les lois ont changé, celles qui sont demeurées sont devenues ridicules » écrivait VOLTAIRE dans son *Dictionnaire philosophique*. C'est ainsi qu'il a paru naturel pour certains et plus difficile pour d'autres, d'abolir la mainmorte, les corvées personnelles, l'esclavage et bien d'autres institutions de la société alors en place.

¹⁰⁶ L'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en est une parfaite illustration.

¹⁰⁷ Sur le traitement juridique de la dignité humaine, v. H., L., J. MAZEAUD & F. CHABAS, *Les personnes, op. cit.*, n°801 ; B. BEIGNIER & J.-R. BINET, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ 2017, n°378 et s. ; FR. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Les personnes*, Précis Dalloz 2012, n°98 et s. ; G. CORNU, *Les personnes*, Montchrestien 2015, n°12 ; L. BOYER & H. ROLAND, *Introduction au droit*, LexisNexis 2003, n°1257 ; C. GIRARD & S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF, 2005 ; E. DREYER, « Droits fondamentaux et dignité », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, D. CHAGNOLLAUD & G. DRAGO (dir.), Dalloz 2006, p. 249 ; D. GUTMAN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mélanges François TERRÉ*, Dalloz-PUF 1999, p. 329 et s. ; J.P. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité de l'individu et la personne humaine », *Droits*, 2009, p. 87 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie en droit privé*, LGDJ, 2004, n°430 ; M. FABRE-MAGNAN, « Dignité », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, FR. SUDRE (dir.), PUF, 2008, p. 227 ; E. DREYER, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, p. 19 ; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation française, 1999 ; V. SAINT-JAMES, « Réflexions sur la dignité de l'être humain, en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, chron. 61.

¹⁰⁸ Le droit romain passait par une action en justice par laquelle le juge autorisait le créancier à saisir le débiteur pour l'obliger à travailler jusqu'à ce que la dette soit remboursée. Les concepts du talion, de l'*addictio* (soumission) ou de la *legis action per manus iniectioem* traduisent l'idée d'une véritable contrainte sur le corps du débiteur d'une obligation (contractuelle ou délictuelle) : en ce sens, v. P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ 2008, n°1509 et s., p. 335 et s.

débiteur par le créancier qui espère ainsi obtenir paiement. Elle allait jusqu'à permettre, à l'origine, au créancier de mettre son débiteur à mort ou de le vendre comme esclave. Ce droit sur la personne fût, un temps, conservé sous l'Ancien Droit pour sanctionner le débiteur de son impayé. Suivant une évolution progressive des mœurs, cette pratique a, petit à petit, fait l'objet de restrictions allant dans le sens de la protection de la personne¹⁰⁹. Dès le XIIIème siècle, elle ne devient « possible, faute de meubles suffisants, que pour recouvrer certaines dettes, et elle est exclue pour certains débiteurs¹¹⁰ ». C'est pourtant bien la philosophie révolutionnaire qui marquera la fin de la contrainte par corps¹¹¹. Celle-ci sera alors considérée comme « contraire à la saine morale, aux droits de l'Homme et aux vrais principes de la liberté¹¹² ». Ainsi, si le débiteur d'une obligation répondait auparavant de son engagement sur sa propre personne, c'est aujourd'hui sur ses biens que le créancier pourra agir¹¹³. Le sujet de droit est responsable non plus sur son propre corps, devenu sacré, mais sur ses biens¹¹⁴. Cette idée codifiée à l'ancien article 2092 du Code civil (aujourd'hui, article 2284) est symbole d'un basculement idéologique du système juridique français.

31. Le patrimoine, substitut du corps physique. – Dans l'opposition des idéologies politiques et juridiques de l'époque, on distingue d'un côté les Lumières, fervents défenseurs des libertés, et de l'autre, les philosophes qui ne rechignent pas à la cruauté tels que

¹⁰⁹ A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution – Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz 2014, n°9 et s., p. 9 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, *Droit de l'exécution*, PUF Thémis, 2009, n°1, p. 17 ; M.H. RENAUT, « La contrainte par corps – Une voie d'exécution civile à coloris pénale », *Rev. Sc. Crim.* 2002, p. 791.

¹¹⁰ J.P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du Droit civil*, Précis Dalloz 2002, n°221, p. 287.

¹¹¹ Les auteurs ont pourtant été nombreux à défendre la pratique de la contrainte par corps. S'est alors développé, aux alentours des années 1860, un débat doctrinal entre les « abolitionnistes » d'un côté et les « conservateurs » ou « réformistes modérés » de l'autre. Il est ainsi possible de déceler dans cette opposition, le conflit entre les valeurs de la Révolution Française et celles de la monarchie alors récemment renversée. Criant la défense des libertés ou plutôt, de La Liberté, les « abolitionnistes » soutenaient que la contrainte par corps était notamment immorale, inhumaine et contraire à la Constitution : v. pour l'exposé des arguments qui défendent l'idée de liberté, L. DEYMÈS, *L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps*, th. Toulouse 1942, p. 152 et s.

¹¹² Décret du 9 mars 1793.

¹¹³ Ce déplacement de la personne aux biens pour la garantie de l'obligation est largement admis : v. en ce sens, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, PUF 2013, n°58 et s. p. 124 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I 2003, n°151 et s. p. 117 et s. ; N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016, n°383 et s., p. 213 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les Obligations*, t. IV, PUF 2000, n°365, p. 583 ; L. CADIET, « L'exécution des jugements », in *Mélanges P. JULIEN*, Edilalx 200 », p. 52 et s.

¹¹⁴ Certains peuvent aujourd'hui affirmer la survie de ce mécanisme « barbare » mais il serait passé du civil au pénal ; v. en ce sens, J.P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du Droit civil*, Précis Dalloz 2002, n°221, p. 1022 ; M. H. RENAUT, « La contrainte par corps – Une voie d'exécution à coloris pénal », *Rev. Sc. Crim.* 2002, p. 791. En réalité, son évolution a mené à sa disparition progressive. Cependant, une analyse permettrait de considérer que cette disparition n'est qu'un basculement de la peine civile à la peine pénale. Mais l'existence d'une peine, de nature pénale, n'est pas incompatible avec les libertés individuelles puisqu'elle n'est pas décidée, ni exercée par un individu contre un autre. Ce sont les pouvoirs publics qui, seuls, peuvent décider de l'incarcération d'un débiteur pour non-paiement d'une dette publique qui est encadrée par le Code de procédure pénale (art. 749 par exemple).

NIETZSCHE et pour qui le règlement de la dette, dans le droit primitif, pouvait passer par l'infliction de souffrances par le créancier¹¹⁵. Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI, philosophes du XX^{ème} siècle, ont ainsi proposé une lecture tripartite de l'évolution du Droit. Celui-ci serait composé de trois âges : celui de la cruauté, celui de la terreur et celui du cynisme¹¹⁶. L'apparition de la notion de patrimoine correspondrait alors à un « basculement du système de la terreur dans celui du cynisme¹¹⁷ » puisque le premier propose un règlement des dettes sur le corps physique alors que le second impose une solution par équivalence. Il existe donc une correspondance entre les valeurs morales et le Droit qui en résulte. Si l'Ancien Droit auquel correspond ce système de la terreur, employait des moyens physiques de coercition, le Droit révolutionnaire du système du cynisme privilégie la menace sur les richesses¹¹⁸. Les biens viennent ainsi remplacer la personne dans la garantie de l'obligation, dans le gage des créanciers¹¹⁹. Mais la catégorie de biens visés par l'article 2284 du Code civil ne renvoie pas uniquement à tous les biens d'une personne à un moment donné – que ce soit celui de la conclusion de la dette et donc de la naissance du droit du créancier ou au moment de l'exécution de l'obligation et donc de l'exercice du droit du créancier. Le droit de gage général porte sur tous les biens, présents et à venir. Cette globalité, doublée d'une potentialité de l'assiette, force l'abstraction, laquelle semble constituer l'essence même de la notion de patrimoine¹²⁰.

32. La fonction symbolique du patrimoine. – C'est donc dans la mouvance des libertés fondamentales et des valeurs révolutionnaires que le patrimoine trouve ses racines. L'étude des origines de la notion dépasse sa simple justification politique ou philosophique, elle permet d'expliquer son apparition. Le patrimoine vient remplacer le corps dans la garantie des obligations, il semble représenter symboliquement la personne conçue à la fois comme propriétaire de biens et débiteur d'obligations. Cette fonction de

¹¹⁵ Fr. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, trad. I. HILDENBRAND et J. GRATIEN, éd. Gallimard, coll. Folio-Essais, 1971, p. 70 et s.

¹¹⁶ G. DELEUZE et F. GUATTARI, *L'anti-Œdipe, capitalisme et schizophrénie*, Paris, éd. De minuit, 1968, p. 224-225.

¹¹⁷ Ce rapprochement entre la philosophie du droit et la notion technique de patrimoine est réalisé par M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004, p. 253.

¹¹⁸ On se souviendra par exemple, dans l'œuvre de Shakespeare, du marché conclu entre Antonio et Shylock où l'un emprunte de l'argent à l'autre et pour garantir l'emprunt, le premier offre une livre de sa propre chair au second : v. W. SHAKESPEARE, *Le Marchand de Venise*.

¹¹⁹ Le Professeur ATIAS écrit ainsi que « techniquement le patrimoine se présente comme le substitut de la personne pour assurer la confiance des créanciers. » : CH. ATIAS, *Droit civil – Les biens*, Litec 2007, n°24.

¹²⁰ Cf. *infra* (n°39 et s.).

« responsabilisation » est inhérente à la notion de patrimoine¹²¹. Dans cette perspective, les biens remplacent la personne, l'avoir remplace l'être. C'est pour cette raison que le patrimoine est désormais conçu par une doctrine majoritaire comme le reflet de la personne dans le domaine des choses. C'est aussi ce contexte historique qui explique l'opposition des théories du patrimoine.

B. L'influence de la fonction sur les théories du patrimoine

33. L'opposition des théories du patrimoine. – Le Professeur CATALA écrit au sujet du patrimoine : « il y a les êtres et les choses, les personnes et les biens et des rapports juridiques qui s'établissent entre les uns et les autres. Le patrimoine n'étant que la somme, ou plutôt le cadre de ces rapports, il est tissé de personne et de matière. La théorie subjective D'AUBRY et RAU valorise la personne et la durée, tandis que les théories objectives exaltent la substance et l'instant. Toutes deux saisissent un aspect de la vérité, sans l'embrasser toute entière¹²² ». Les deux courants de la théorie du patrimoine semblent ainsi s'opposer tout en étant pourtant fondées sur la même idée : le patrimoine permet de faire le lien entre les biens du débiteur et ses obligations. Ce lien est traduit dans la théorie subjective par une confusion entre le patrimoine et la personne et, dans la théorie objective, par une affectation du premier au second. Créer un lien entre la personne et ses biens semble nécessaire, mais ce nouveau paradigme, engendré par la disparition d'une institution au profit d'une nouvelle notion, n'est pas sans soulever de problèmes car, pris entre la *summa divisio* du sujet et de l'objet de droit, le patrimoine semble souffrir d'un paradoxe congénital.

34. Les fondements de la confusion dans la théorie subjective. – Le passage de la contrainte par corps au droit de gage général des créanciers correspond à un passage du personnel au réel¹²³. La suppression de la contrainte par corps et l'apparition du patrimoine font sortir l'obligation des relations strictement personnelles en offrant une garantie réelle à son paiement. L'influence des philosophies révolutionnaires¹²⁴ resurgit sur la théorie désormais classique du patrimoine. Ce dernier est présenté comme le nouveau « corps » sur

¹²¹ Voir notamment en ce sens et pour l'emploi de cette expression : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.8, p. 360 ; FR. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 805 et s., notamm. p. 834 et s.

¹²² P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, *RTD Civ.* 1966, p. 186.

¹²³ Ce mouvement n'est pas inconnu du Droit et les phénomènes de réifications sont nombreux. On voit déjà à l'époque féodale une transformation du droit des Seigneurs sur leurs vassaux passer d'un engagement personnel et viager à un droit cessible : v. à ce sujet, J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2012, n°51, p. 42.

¹²⁴ Cf. *supra* (n°29).

lequel est effectuée la contrainte¹²⁵. Tirée de l'étude du droit de gage général et du droit des successions, ZACHARIAE conceptualise, par la méthode kantienne, la relation théorique entre d'un côté la personne, siège des obligations car source des dettes, et, de l'autre côté, ses biens en tant qu'ensemble. Le patrimoine permet dès lors de faire ce lien entre la personne juridique en tant que capacité à l'appropriation et en tant que potentiel sujet d'engagement. L'opposition entre l'innée et le monde extérieur rejaillit alors¹²⁶. AUBRY et RAU ont continué et refaçonné la conceptualisation d'un ensemble qui allait fonder une confusion naturelle entre personne et patrimoine. Ce dernier se présentait ainsi comme le nouveau « sujet d'obligations¹²⁷ », ce que n'affirmait pas expressément leur inspirateur allemand¹²⁸. Or l'ensemble des biens considéré comme sujet de droit est source d'ambiguïté. Cette assimilation du patrimoine à la personne, bien que traditionnellement présentée ainsi aujourd'hui¹²⁹, a fait l'objet de nombreuses critiques¹³⁰. AUBRY et RAU partent de l'idée selon laquelle le patrimoine est « une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie » car il englobe l'ensemble des biens présents et à venir d'une personne. Partant, ils déduisent de cette potentialité, une identification avec

¹²⁵ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de Droit civil français*, 3^e éd., t. IV, §573 : les auteurs désignent le patrimoine comme « sujet d'obligations » ; v. également M. XIFARAS, *La Propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2003, p. 209 : l'auteur désigne les universalités comme des « êtres fictifs » ; de la même manière, le Professeur ZÉNATI écrit-il « le patrimoine dont sont investis les successeurs n'est pas une triviale juxtaposition de biens, ni même une enveloppe comme l'enseignera la vulgate postérieure, mais le sujet de droit lui-même » (nous soulignons) : « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, *RTD Civ.* 2003, p. 670.

¹²⁶ M. XIFARAS offre une lecture claire de la pensée de ZACHARIAE : « Le patrimoine est en effet toujours à la fois la forme juridique que revêt la subjectivation de l'objectivité du monde extérieur (l'avoir de la personne) et, à l'inverse, celle de l'objectivation de la personne dans une autodifférenciation qui peut mener à la fraction et à la séparation de soi, le bastion avancé de l'être personnel dans le monde extérieur. » ; M. XIFARAS, th. préc., p. 268. L'idée de ZACHARIAE revient ici à considérer le patrimoine comme objet de droit en tant qu'il réunit l'ensemble des biens de la personne. Pourtant cet objet est également attaché à la personne en ce qu'il la représente, il est son objectivation. En d'autres termes, l'enveloppe représente ce qui est à soi mais doit aussi être considéré comme une réflexion même du soi.

¹²⁷ CH. AUBRY ET CH. RAU, *ibid.*

¹²⁸ ZACHARIAE emploie l'abstraction pour faire le lien entre personne et patrimoine en écrivant qu'il « est l'idée de la personne elle-même considérée dans son rapport avec ses biens » : K.S. ZACHARIAE, *Handbuch des französischen civilrechts*, III, Heidelberg 1853, §575, p. 427, traduit par V. LASSÈRE, *La doctrine du patrimoine de ZACHARIAE*, Mémoire de DEA, Paris II, éd. Cujas 1995, p. 38. Parce qu'il y voit une abstraction nécessaire, l'auteur « n'a pas besoin de passer par l'unité de la personnalité pour affirmer celle du patrimoine » : M. XIFARAS, th. préc., p. 264.

¹²⁹ Une grande partie des articles dédiés au patrimoine le présente encore aujourd'hui comme une représentation de la personne : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.8, p. 360 ; FR. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 805 et s. ; les manuels semblent également reprendre cette idée : Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF 2006, n°125, p. 188 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, 2010, n°19, p. 25 ; TH. REVET, FR. ZÉNATI, *Les biens*, PUF, 2007, n°134, p. 205 ; CH. ATIAS, *Les biens*, Lexisnexis, 2014, n°23, p. 16 ; enfin, de nombreuses thèses sur la question proposent de conserver cette idée de représentation : A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois, 2007, n°71 et s., p. 37-38 ; J.P. VERSCHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, th. Lille, 1984 ; FR. H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, th. 1957, n°13, p. 14.

¹³⁰ Cf. *infra* (n°35).

la capacité juridique de s'approprier les choses¹³¹. Or seuls les sujets de droit sont dotés d'une telle capacité¹³². Ils ne peuvent donc qu'en conclure que le patrimoine, enveloppe idéale au contenu potentiel, doit être la personne même. Ils émettent ainsi l'idée que le patrimoine est à la fois objet et sujet de droit, il est à la fois l'être et l'avoir, ce qui ne va pas sans rappeler le passage incomplet de la contrainte par corps, de la personne aux biens.

35. Critique de la théorie subjective. – C'est sur ce point précisément que la théorie a fait l'objet de critiques dont la plus célèbre a été celle de GENY¹³³. Le reproche de ce dernier portait principalement sur le caractère inutilement abstrait de la théorie forçant une assimilation du patrimoine avec le sujet et créant ainsi une incohérence entre les deux notions. En effet, comment affirmer que le patrimoine correspond au sujet tout en soutenant que le patrimoine est objet de la propriété de ce même sujet ? Le sujet doit-il s'appartenir lui-même ? N'y a-t-il pas là une « confusion entre l'être et l'avoir¹³⁴ » ? Le patrimoine ne peut être un sujet car confondre patrimoine et personne, revient en réalité à assimiler cause et conséquence. Le patrimoine n'est pas la personne car il ne peut être à la fois source et finalité de l'activité juridique d'une personne. S'il est le résultat, même potentiel, de la propriété, il ne peut en être également la source. Il s'agit ici de distinguer la propriété en tant qu'objet et la propriété en tant que *potestas*¹³⁵. Cette confusion aboutit à une personnification des biens, à confondre la capacité d'appropriation avec la collection des biens qui résulte de l'exercice de cette capacité¹³⁶. Cette incohérence va engendrer la recherche, en France¹³⁷, d'une théorie alternative.

¹³¹ L'intuition des auteurs était d'ailleurs juste, nous le verrons, mais elle a mené à une confusion maladroite qu'il est possible d'éviter : cf. *infra* (n°38).

¹³² Les auteurs écrivent ainsi que « le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité... », il en constitue « sa plus haute expression, la personne même de l'homme considéré dans ses rapports extérieurs » : CH. AUBRY ET CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd. §573.

¹³³ FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, LGDJ, 1954, t. I, n°67, p. 141.

¹³⁴ Expression désormais très employée pour désigner le concept patrimoine ; v. par exemple A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801.

¹³⁵ V. à ce sujet, W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419 et s.

¹³⁶ Un auteur écrit ainsi que « la notion de patrimoine introduit, au cœur de la relation du sujet propriétaire à l'objet approprié, la médiation d'une perspective étrangère ; introduction requise pour opérer l'unification du propriétaire et du débiteur en un seul et même sujet de droit » : M. XIFARAS, th. préc., p. 226 ; dans le sens de cette même distinction entre patrimoine et personne, v. R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et de droit*, Sirey 1932, spéc. p. 167 : l'auteur établit, parmi les ressemblances entre les théories objective et subjective du patrimoine, un lien indéniable entre patrimoine et personne, lien qui pourtant ne confine pas à l'assimilation ; v. également, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°19, p. 19

¹³⁷ Il convient de rétablir ici l'ordre chronologique des théories allemandes puisque s'il est vrai que les théories dites objectives du patrimoine (également appelées théories du patrimoine d'affectation) ont été développées en France en réponse à la théorie subjective (théorie classique) du patrimoine, les premières sont en réalité antérieures aux travaux de ZACHARIAE qui a inspiré la seconde. En ce sens, v. M. XIFARAS, th. préc., p. 251.

36. La confusion inverse dans la théorie objective. – La théorie objective semble à son tour faire fi de la personne en faisant de l'obligation, un lien de patrimoine à patrimoine. Loin de répondre à la question de la confusion entre être et avoir, la théorie objective déplace le problème en remplaçant les termes de la question. Les auteurs de ce courant analysent le patrimoine comme un lien d'affectation entre obligation et bien. Les créanciers, titulaires du droit de gage général, seraient donc titulaire d'un droit réel¹³⁸. Ainsi des auteurs du patrimoine d'affectation, tel que GAZIN, voient dans la créance un « droit réel indéterminé¹³⁹ » plutôt qu'un droit personnel, comme le suggèrent les théories classiques de l'obligation. Le droit que le créancier acquiert est traditionnellement présenté comme un droit qualifié de personnel. Celui-ci se définit comme « le droit qu'a une personne (le créancier) d'exiger d'une autre personne (le débiteur) une prestation, un service consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Ainsi, tandis que le droit réel est un rapport de droit entre la personne et la chose, le droit de créance apparaît comme un rapport de droit entre deux personnes.¹⁴⁰ ». Mais l'obligation envisagée par GAZIN ne correspond plus à un tel rapport : elle ne porterait plus sur la personne même du débiteur, mais sur son patrimoine en tant qu'objet¹⁴¹. L'auteur explique alors qu'il ne peut pourtant s'agir d'un droit réel classique¹⁴² en ce que le créancier n'a pas de droit sur un bien déterminé, mais sur l'ensemble des biens de son débiteur ; c'est pourquoi il qualifie ce droit réel d'« indéterminé »¹⁴³.

¹³⁸ En réalité, les auteurs proposant la substitution de la personne au but sont peu nombreux ; ainsi G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, éd. A. ROUSSEAU 1903, p. 68 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, éd. BOCCARD 1927, p. 309 et s.

En revanche, ceux qui proposent de créer aux côtés du patrimoine personnel des patrimoines à but sont plus nombreux : H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris 1, 2003 ; FR.H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, LGDJ 1957 ; Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé*, LGDJ 1981 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris 13, 2010. Dans une certaine mesure, d'autres l'ont affirmé au travers de leurs travaux sur la personnalité morale ou sur l'universalité : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, éd. Mémoires du Droit (rééd.) 1910, p. 475 et s. ; G. JÈZE, « Les principes généraux du droit administratif », in *Revue générale de l'administration* 1904 ; R. GARY, *Les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait*, Sirey 1932, spéc. p. 250 et s.

¹³⁹ H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, éd. A. ROUSSEAU 1910, p. 454.

¹⁴⁰ J. CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, PUF 1999, n°165, p. 320.

¹⁴¹ Il convient d'ajouter ici que c'est précisément la confusion entre patrimoine et personne que l'auteur cherche à combattre de sorte que si le patrimoine ne sert plus à représenter la personne, il sort de la catégorie des sujets de droit pour intégrer celle des objets de droit. Ainsi, l'auteur envisage le patrimoine comme une chose, ce sur quoi nous apporterons une nuance (*cf. infra* : n°240 et s.).

¹⁴² Ce droit entendu comme le lien juridique entre une personne et une chose. Il s'agit là de la définition classique et simple du droit réel : G. CORNU, *Droit civil – Introduction : les personnes, les biens*, Montchrestien, 2005, n°42, p. 30 ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, PUF 2004, n°164 et s., p. 317 et s. ; G. GOUBEAUX et P. VOIRIN, *Droit civil – Introduction au droit*, LGDJ-Lextenso 2013, n°55, p. 39.

¹⁴³ Il serait ici tentant de voir dans le patrimoine, l'objet d'un droit réel. Ce n'est pourtant pas ainsi que le conçoit GAZIN puisqu'il n'y aurait alors pas lieu de qualifier le droit réel d'indéterminé mais d'analyser l'obligation comme un droit réel classique dont l'objet, en tant qu'enveloppe, serait déterminé quoique sa consistance serait,

L'obligation devrait ainsi être analysée en un tel droit. Par conséquent, si la théorie objective du patrimoine fait correspondre le débiteur et son patrimoine dans la garantie de l'obligation, force est alors d'admettre que l'obligation même s'en trouve transformée : il s'agit nécessairement d'un droit réel et non plus d'un droit personnel¹⁴⁴. Au final, la théorie subjective confond le patrimoine avec la personne quand la théorie objective ignore le lien nécessaire qu'entretient la personne avec le patrimoine.

37. Critiques de la théorie objective. – Si l'idée d'une affectation du patrimoine à la personne est séduisante, les auteurs du patrimoine d'affectation oublient que l'obligation est, avant d'être garantie par le droit de gage général, un droit par nature personnel. Sa structure semble fonctionner en deux temps : le créancier détient d'abord le droit d'exiger un fait de son débiteur. Il revient à ce dernier de s'exécuter, il est donc l'objet du droit détenu par le créancier. Pourtant, il s'agit bien là d'une personne, c'est pourquoi un tel droit est qualifié de personnel. À l'appui de cette démonstration, on constate que « l'existence de procédés indirects ou directs de contrainte destinés à faire pression sur la volonté du débiteur pour le décider à exécuter est révélatrice du caractère personnel de l'obligation¹⁴⁵ ». Analyser l'obligation comme un droit sur une chose revient à dénaturer la notion et ne correspond pas à la réalité positive du Droit français¹⁴⁶. Les théories objectives du patrimoine semblent ainsi tendre à une réification de l'obligation¹⁴⁷ et doivent être rejetées.

38. L'ambivalence du patrimoine. – S'il se retrouve en quelque sorte emprisonné entre l'être et l'avoir, le patrimoine permet de dévoiler « l'étroitesse du cadre conceptuel que trace le couple du sujet et de l'objet, au point qu'on ne saurait l'adopter sans mutiler une notion qui le transcende dans la mesure où elle tend fatalement à la confusion des catégories¹⁴⁸ ». La notion de patrimoine, en tant qu'elle remplit cette fonction de

elle, incertaine. Nous verrons par ailleurs que le patrimoine ne peut être analysé, du vivant de son titulaire, comme un objet comme les autres (*cf. infra* : n°217 et s.).

¹⁴⁴ Certaines thèses proposent également de voir dans l'obligation, une obligation *propter rem* ou obligation réelle, nous verrons que celles-ci sont plus séduisantes : *cf. infra* (n°436 et s. ; v. aussi n°569 et s.).

¹⁴⁵ FR. COHET-CORDEY, art. préc., *RTD Civ.* 1996, p. 836 : l'auteure vise, parmi les procédés auxquels elle fait référence, l'astreinte, les sanctions pénales, l'expulsion du locataire pour impayé, etc.

¹⁴⁶ D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003, p. 237 et s. ; dans le même sens, M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010, p. 87-92 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, th. Paris, 1902.

¹⁴⁷ Des auteurs ont d'ailleurs cherché à défendre une telle idée en s'intéressant, de façon incidente, aux conséquences de leur théorie sur le patrimoine. Ainsi, GAUDEMET écrivait-il que « aujourd'hui c'est le patrimoine qui doit au patrimoine. Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne : c'est un droit sur les biens : *ius ad rem*. » : E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dette à titre particulier*, éd. A. ROUSSEAU 1898, p. 30.

¹⁴⁸ M. XIFARAS, th. préc., p. 268.

responsabilisation, est symboliquement nécessaire au système juridique. Pourtant, ses explications théoriques ne parviennent pas à rendre compte de sa structure ou de son fonctionnement. C'est ce qui, paradoxalement, en explique à la fois la longévité et la critique.

II. Le patrimoine, une notion juridiquement fonctionnelle

39. Le patrimoine : système de cohérence entre l'être et l'avoir. – Le patrimoine n'a pas qu'une simple fonction symbolique de responsabilisation. Il permet de créer un lien juridique entre la personne propriétaire et la personne débitrice. Ces deux aspects de la personnalité juridique illustrent le rôle central que le patrimoine joue dans le système juridique : il permet de créer un lien utile entre les notions fondamentales du droit civil que sont la propriété et l'obligation. En ce sens, il revêt au-delà de sa fonction historique une fonction systémique. Le système est généralement défini comme « l'ensemble d'éléments, matériels ou non, qui dépendent réciproquement les uns des autres de manière à former un tout organisé¹⁴⁹ ». Juridiquement, il renvoie plus précisément à un « ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence¹⁵⁰ ». L'idée de système se caractérise donc par la cohérence d'un ensemble divers c'est-à-dire par une organisation logique des éléments qui le composent. Le patrimoine répond de cette logique car il permet de faire le lien entre les sujets et les objets de droit. Outre l'esprit de système, le lien créé entre biens et obligations permet de donner une assise au droit de gage général des créanciers¹⁵¹. Le patrimoine se présente alors comme l'abstraction nécessaire à la mise en œuvre de ces deux mécanismes. Sa fonction de responsabilisation est ainsi mise au service d'une cohérence entre les notions fondamentales du droit privé (A) et d'une justification de mécanismes du droit civil (B).

A. Le patrimoine : outil de cohérence entre notions fondamentales du droit privé

40. La personne juridique au cœur du patrimoine. – Le patrimoine ne peut se confondre avec la personne juridique¹⁵², mais elle ne peut non plus s'en détacher entièrement

¹⁴⁹ A. LALANDE, *Dictionnaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010, V°Système.

¹⁵⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2016, V°Système.

¹⁵¹ Madame la Professeure ROCHFELD identifie d'ailleurs cette fonction en parlant de « fonction de responsabilisation ». Elle y attache également la « fonction de transmission » tout en constatant que celle-ci n'est pas de l'essence de tous les patrimoines qu'elle identifie. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013.

¹⁵² Cf. *supra* (n°35).

car le patrimoine repose sur la propriété, lien de droit établi entre la personne et les choses (1), et sur l'obligation, lien de droit entre les personnes (2). En ce sens, le patrimoine établit une relation cohérente entre les notions fondamentales du droit privé.

1. La propriété au fondement du patrimoine

41. Les choses appréhendées par le droit par l'intermédiaire du sujet. - Pour passer de la chose au bien, le droit a créé la notion de propriété. La création n'est pas nouvelle, elle existe depuis qu'existe le Droit. Notion tout aussi polysémique que celle de patrimoine¹⁵³, la propriété peut aujourd'hui renvoyer aux pouvoirs du propriétaire sur son bien¹⁵⁴. Elle peut également désigner l'objet sur lequel le propriétaire exerce son pouvoir¹⁵⁵. Elle peut enfin viser le lien établi entre la chose et l'homme, entre l'objet et le sujet¹⁵⁶. C'est cette dernière acception qui intéresse notre étude puisqu'elle permet la reconnaissance, par le Droit, de la dimension individualiste du système juridique français. Orientée vers l'Homme, la règle juridique n'a de sens que dans l'optique des rapports de celui-ci avec le monde extérieur¹⁵⁷. Mais ce premier lien établi entre le propriétaire et sa chose constitue, pour les autres hommes, un fait objectif¹⁵⁸.

42. Propriété, opposabilité et exclusivité : fondements du patrimoine. – La propriété n'existe – et n'a besoin d'exister – que dans le cadre des rapports d'un individu à un autre puisque le lien qu'elle établit entre l'homme et la chose n'a besoin d'être affirmé

¹⁵³ Pour une critique de cette polysémie, v. J. ROCHFELD, *op. cit.*, « Leçon n°5 – La propriété », p. 277 et s. ; W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419 et s.

¹⁵⁴ La propriété est ainsi entendue comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » (art. 544, C. Civ.).

¹⁵⁵ Étymologiquement d'ailleurs, le terme « propriété » vient du latin *proprietas* c'est-à-dire de ce qui est propre. En ce sens, la propriété désigne avant tout l'objet de propriété. Tombée en désuétude dans le langage philosophique (v. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*) comme dans le langage courant (v. *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2010), l'acception juridique du terme a désormais intégré les autres disciplines. La propriété a donc remplacé le *dominium* romain. C'est ainsi par exemple que l'article 545 du Code civil dispose que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. » ; v. dans le sens de la distinction : FR. ZÉNATI, *La nature juridique du droit de propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, n°177 et s., p. 243 et s.

¹⁵⁶ Lorsque l'article 546 du même code prévoit que « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. », le terme « propriété » semble en effet renvoyer au lien qui unit le propriétaire et la chose, au « droit » qui s'établit entre eux.

¹⁵⁷ C'est d'ailleurs ce qu'affirment les travaux préparatoires du Code Napoléon : v. en ce sens, J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801. Nous le verrons cet intérêt du droit pour les rapports sociaux entre l'homme et la chose vont également fonder la qualification juridique du bien (*cf. infra* : n°106 et s.).

¹⁵⁸ Ce qui a inspiré PLANIOL dans sa théorie de l'obligation passive universelle : v. sur ces débats, S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 613 et s.

qu'au regard des autres. On se rappellera ici le célèbre exemple de Robinson pour qui le droit de propriété n'a pas de sens car, seul sur son île, il n'a pas besoin de l'appropriation puisqu'il n'a besoin d'opposer son droit sur la chose à personne¹⁵⁹. Les juristes ont alors consacré un terme approprié à cette opposabilité particulière et universelle : l'exclusivité¹⁶⁰. Cette exclusivité entre le propriétaire et sa chose va permettre de fonder la règle selon laquelle les créanciers du propriétaire pourront saisir, en cas de défaillance de ce dernier, ses biens. En effet, sans un tel lien, préalablement construit et reconnu¹⁶¹, le créancier n'a pas de légitimité à demander la saisie de telle chose du monde extérieur. Les droits des créanciers ne portent que sur les biens de leurs débiteurs. En d'autres termes, la situation d'appartenance est un préalable nécessaire à l'engagement des biens dans la garantie de l'obligation.

2. *L'obligation, lien nécessaire à la fonction du patrimoine*

43. Le patrimoine : symbole de cohérence du système juridique. – Le passage de la personne à ses biens, engendré par l'abolition de la contrainte par corps, transparait dans le Code civil. Celui-ci prévoit que « quiconque s'est obligé personnellement » devra « remplir son engagement sur tous ses biens (...) ». Si la prise en compte des libertés individuelles a permis au législateur de passer du personnel au réel, c'est aux dépens de la cohérence du système juridique pris dans son ensemble. Il était logique, à l'époque de la contrainte par corps, que lorsqu'un débiteur s'engage dans des liens d'obligation, il en réponde sur sa propre personne. L'analyse classique de l'obligation permettait ainsi de justifier la pratique ; en effet, la définition même de l'obligation renvoie à la « face passive

¹⁵⁹ L'exemple de Robinson est celui de KANT, in *Métaphysique des mœurs*, Flammarion 1994, trad. RENAULT, Vol. 2. Part. 1, Sect.2, Chap. 1, §11, p. 56 ; on retrouve la même idée chez d'autres philosophes tel que G.W.F. HEGEL, *Les principes de la philosophie du droit*, Flammarion 1999, §71 ; mais également chez les juristes : FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°100, p. 115 ; J.M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 277 ; C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Arch. Phil. Droit*, t. 24, 1979, p. 259.

¹⁶⁰ FR. DANOS propose une analyse complète de la propriété à laquelle il convient d'adhérer car elle permet de préciser que l'exclusivité comprend une part objective et intersubjective, ce qui revient à distinguer d'une part le rapport du propriétaire à son bien, lien objectif, et d'autre part, le rapport du propriétaire aux tiers, lien intersubjectif. L'auteur ne se contente pas d'affirmer l'exclusivité que confère le droit de propriété, qui n'est qu'un effet accordé par le Droit objectif à la propriété reconnue de telle ou telle personne. L'analyse permet de fonder la nécessité de cette exclusivité, du caractère absolu de la propriété et de son opposabilité. La propriété repose sur la reconnaissance par les autres, du lien entretenu entre la chose et son propriétaire. Cette intersubjectivité est de l'essence de la propriété : FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007, n°127 et s., p. 135 et s. ; v. également les propos de P. CATALA sur ce point : « le droit de propriété vaut surtout par l'opposabilité absolue de la protection dont jouit son titulaire », in « La transformation du patrimoine », *RTD Civ.* 1966, n°21, p. 201.

¹⁶¹ Il convient de préciser ici que le lien de propriété doit être établi préalablement à la saisie et non préalablement à la naissance du droit du créancier, le patrimoine échappant, nous le verrons, à toute contingence temporelle (*cf. infra* : n°46 et s.).

du droit personnel (ou droit de créance)¹⁶² ». Le droit étant ici personnel, il semblait tout à fait naturel que celui-ci s'exerce sur la personne même du débiteur¹⁶³. Après suppression de l'institution, il fallait remplacer, du moins de façon fictive, la personne par un nouveau concept et c'est ce rôle que remplit la notion de patrimoine. En d'autres termes, l'universalité se présente comme « un être fictif¹⁶⁴ », « un corps artificiel¹⁶⁵ » dans le règlement des dettes. Le droit du créancier s'exerce désormais sur cet être purement idéal plutôt que sur l'être vivant qui est à son fondement. La notion permet donc non seulement de répondre des dettes – c'est-à-dire de ce qui résulte des obligations – de façon concrète, mais elle permet également de conserver la cohérence théorique entre la personne, les biens qu'elle détient et les obligations dont elle est débitrice¹⁶⁶.

44. Le patrimoine comme garantie de l'obligation. – Le patrimoine n'est pas un sujet de l'obligation en ce qu'il ne lui sert que de garantie¹⁶⁷. L'article 2284 implique d'abord que l'obligation est bien la création d'un lien personnel lorsqu'il prévoit la garantie des « engagements personnels ». L'article suivant dispose que le patrimoine, en tant qu'universalité des biens et des dettes d'une personne, est « le gage commun de ses créanciers ». Le « gage » ici visé s'entend comme la garantie de toutes les obligations contractées par son titulaire¹⁶⁸ ; l'insertion de cette disposition dans le livre du Code relatif aux sûretés va d'ailleurs en ce sens¹⁶⁹. Cette analyse du patrimoine est alors cohérente avec la fonction qui lui est rattachée. Le patrimoine n'intervient qu'à titre subsidiaire de sorte que l'obligation fait bien naître sur la personne même du débiteur, une charge qui, à défaut d'exécution seulement, se réglera sur le patrimoine. Le droit qu'acquiert le créancier sur le patrimoine de son débiteur, au moment où celui-ci s'engage, n'est alors qu'une garantie légale qui prend naissance avec l'engagement. Analyser l'obligation et le droit de gage

¹⁶² Définition de l'obligation dans son sens technique, in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, PUF 2007.

¹⁶³ En ce sens, L. DEYMES, *L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps*, th. Toulouse, 1942.

¹⁶⁴ M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004, p. 209.

¹⁶⁵ M. XIFARAS, op. cit., p. 252.

¹⁶⁶ Des auteurs ont ainsi pu voir que « l'avènement de la notion d'universalité correspond à un changement se réalisant dans la conception de l'obligation » : G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, éd. Arthur ROUSSEAU, 1903, p.101.

¹⁶⁷ En ce sens, A. PINO, *Il patrimonio separato*, th. Padoue, Italie, 1950, p. 33 et s.

¹⁶⁸ Il est délicat ici de trouver une juste qualification au droit ainsi offert aux créanciers chirographaires. Il s'assimile facilement au gage par son caractère subsidiaire et par le fait qu'il s'agit d'une garantie sur un bien – donc d'une garantie réelle. Il est en revanche plus discutable de retenir une telle qualification quand, d'une part, tous les créanciers en bénéficient alors que le gage est une sûreté et donc une « cause légitime de préférence » ; et d'autre part, on sait que le gage, s'il n'est plus un contrat réel, exige néanmoins l'identification d'un bien déterminé sur lequel portera la sûreté. Le « gage » de l'article 2284 n'est donc pas un véritable gage au sens du droit des sûretés ; il demeure cependant une véritable garantie. En ce sens, v. PH. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés et la publicité foncière*, Précis Dalloz 2014, n°2, p. 5.

¹⁶⁹ Livre ajouté par la réforme du droit des sûretés : ordonnance du 23 mars 2006, n°2006-346.

général de la sorte permet de justifier les relations qui s'établissent entre la propriété, l'obligation et le patrimoine tout en conservant une distinction entre chacune de ces notions.

45. La fonction systémique du patrimoine. – Une succession de liens est créée par la notion de patrimoine : la propriété permet d'établir une relation entre les choses et la personne ; l'obligation permet à son tour de créer un lien entre cette personne et une autre ; enfin, un dernier lien va fonder la saisie de telle chose par cette « autre » personne. Le patrimoine se détache de la personne sans pour autant offrir aux créanciers un droit direct sur les biens. Les théories du patrimoine sont de ces créations doctrinales qui permettent d'assoir la cohérence d'un système juridique. « Il ne s'agit pas d'expliquer un mécanisme juridique particulier, par exemple celui de la remise de dette, mais des règles juridiques – l'équivalent dans cette perspective des lois empiriques – qui, elles, gouvernent de tels mécanismes particuliers¹⁷⁰ ». La notion a donc une valeur explicative et pédagogique. Elle donne au droit de gage général son assise théorique. Loin d'être inutile, le patrimoine est nécessaire à l'articulation des règles fondamentales du droit privé.

B. Le patrimoine : abstraction nécessaire aux mécanismes du droit civil

46. Abstraction abusive ? – Certains auteurs ont pu avancer l'idée selon laquelle le patrimoine n'est pas utile au regard de la cohérence du système juridique français¹⁷¹. Monsieur HIEZ particulièrement a tenté de démontrer, d'une part, que la notion ne rend pas compte du droit de gage général. Elle lui serait inutile en ce qu'elle n'apporte rien par rapport à l'énoncé des articles 2284 et 2285 du Code civil¹⁷². Le même auteur tente également de démontrer, d'autre part, que le patrimoine n'apporte rien au droit positif, notamment vis-à-vis du droit des successions qui a fondé sa conceptualisation. Ces idées sont les reprises de critiques qui existaient déjà sous la plume de GENY. Force est d'ailleurs de voir que cet auteur était bien plus nuancé¹⁷³. Sa critique semble en effet viser un « abus d'abstraction » et non le

¹⁷⁰ R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine D'AUBRY et RAU », *Arch. Phil. Droit* 1979 – *Les biens et les choses*, p. 247 et s.

¹⁷¹ En ce sens notamment, D. HIEZ, th. préc. ; FR. CHENEDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 19 ; de manière plus générale et plus nuancée, v. FR. GENY, préc.

¹⁷² Il écrit notamment que « l'affectation des biens du débiteur à la garantie de l'exécution de ses obligations est une solution de bon sens : les biens du débiteur sont en dernier lieu les meilleures garanties économiques que le droit puisse accorder en principe à ses créanciers », D. HIEZ, op. cit., n°398, p. 260.

¹⁷³ En effet, l'auteur écrivait avant de critiquer le patrimoine en tant qu'abus d'abstraction que : « assurément, il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et obligations d'une personne, comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique. Voilà la notion élémentaire de patrimoine, qui permet d'expliquer, du point de vue de la technique juridique, et le droit général, en vertu duquel les créanciers peuvent saisir un bien

recours même à l'abstraction. Cette nuance invite alors à vérifier si précisément le patrimoine est, en tant que notion, utile.

47. L'utilité de l'abstraction pour le droit de gage général. – Tel qu'il est traditionnellement présenté, le patrimoine est appréhendé en doctrine comme un tout, un ensemble ou une enveloppe¹⁷⁴. Si le droit positif engage les biens d'une personne lorsqu'elle-même s'engage, c'est justement parce que les règles du Code civil se refusent à faire exécuter cet engagement sur la personne même du débiteur. Or comment créer le lien entre la personne engagée et les biens sur lesquels le créancier pourra agir sinon par le remplacement de la personne non pas par ses biens, mais par l'ensemble de ses biens ? C'est pour permettre l'identification des biens de telle ou telle personne qu'un rassemblement est nécessaire et c'est la notion de patrimoine qui permet de réaliser ledit rassemblement. Nous avons vu, en effet, que le patrimoine est fondé sur un double lien (celui de la personne aux choses et celui de la même personne aux autres personnes¹⁷⁵, de sorte que les créanciers d'un débiteur déterminés obtiennent un droit sur des biens déterminés (au moment de la saisie). Celui-ci forme une abstraction, laquelle est nécessaire dans la mesure où les créanciers obtiennent, au moment de l'engagement du débiteur, un droit sur ce dernier. Nous l'avons vu, il s'agit là d'un droit personnel. Pourtant, ils acquièrent également un droit subsidiaire sur ses biens présents et à venir. À ce titre, BONNECASE proposait de voir dans l'obligation, une responsabilité personnelle et une responsabilité réelle¹⁷⁶. Deux remarques s'imposent alors et permettent de justifier le recours à l'abstraction. D'une part, les créanciers sont titulaires d'un droit de gage général, lequel ne sera mis en œuvre qu'en cas de défaillance du débiteur. Ce droit est donc conditionné, il n'existe que dans un mode idéal, à l'image du patrimoine. D'autre part, ce même droit a pour objet les biens présents et à venir. Cette précision de l'article 2284 permet aux créanciers dont les droits naissent à un moment T de saisir des biens qui n'étaient pourtant pas propriété de leur débiteur à ce même moment. L'objet du droit de gage général est donc lui-même abstrait dans le sens où il est libéré de toute contingence temporelle. L'idée d'une enveloppe abstraite est alors nécessaire pour permettre de créer un lien entre la créance et le bien saisi. Cette enveloppe participe à l'idée de système qui irrigue

quelconque de leur débiteur, et la transmission universelle après décès. » : FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif – Essai critique*, LGDJ 1919, t. I, n°67, p. 143.

¹⁷⁴ Cf. *infra* (n°240 et s.).

¹⁷⁵ Cf. *supra* (n°40 et s.).

¹⁷⁶ J. BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, Sirey 1923, n°442 et s. ; cette distinction permettrait semble-t-il de distinguer le droit de gage général portant sur des biens indéterminés de la sûreté réelle qui offre un droit sur un bien déterminé.

le Droit¹⁷⁷ car elle répond au besoin de rassembler des éléments, par nature différents, en un tout cohérent¹⁷⁸.

48. L'utilité de l'abstraction pour sa transmission. – Le droit des successions français, attaché à ses principes quant à l'honneur de la famille et à la continuation de la personne du défunt, envisage la transmission aux héritiers d'un patrimoine successoral¹⁷⁹. Celui-ci correspond à l'ensemble des biens et des dettes du *de cuius*. Ce système dit de succession à la personne, par opposition à celui de la succession aux biens¹⁸⁰, repose sur la théorie subjective du patrimoine¹⁸¹. Cette théorie engendre, nous l'avons vue, une confusion entre patrimoine et personne¹⁸², rendant le mécanisme des successions compatible avec le principe de Droit romain de continuation de la personne : la personnalité juridique survit à la personne humaine et se prolonge dans celle de l'héritier. Dans cette conception subjective et centrée sur la personne du patrimoine et des successions, la personnalité juridique sert de support au patrimoine considéré comme un tout. C'est alors en raison de sa transmission que ce dernier doit être envisagé¹⁸³, une fois encore, comme une enveloppe idéelle de biens et de dettes¹⁸⁴. La transmission aux héritiers est en effet universelle¹⁸⁵. La théorie de la

¹⁷⁷ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°244, p. 312.

¹⁷⁸ En ce sens, H. LÉCUYER & P. REIGNE, « L'unicité du patrimoine dans sa dimension diachronique – Etude comparée du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives », in *Sociologie du patrimoine : la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine*, éd. Lab. Socio. Juridique Paris, 1995, Annexe, p. 1 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°171, p. 75.

¹⁷⁹ L'expression est communément employée pour désigner l'objet transmis lors des successions : PH. MALAURIE & CL. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, LGDJ-Lextenso, n°1 et 4, p. 1 et 6 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions – Les libéralités*, Sirey 1983, n°131 et s., p. 104 et s. ; H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, FR. CHABAS, *Leçons de droit civil – Successions – Libéralités*, éd. Montchrestien 1999, t. IV, vol. II, n°656, p. 3 ; A.M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz 2014, n°3, p. 4 ; CH. JUBAULT, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, Montchrestien Lextenso, 2010, n°10, p. 5 ; B. BEIGNIER & S. TORRICELLI-CHRIFI, *Libéralités et successions*, LGDJ-Lextenso, n°2-3, p. 4 et s.

¹⁸⁰ Voir pour une comparaison des systèmes et une convergence récente, R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *RTD Civ.* 2016, p. 729.

¹⁸¹ « Les deux concepts de famille et de patrimoine forment les assises de la successibilité » : H. VIALETTEON, « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le code civil », in *Mélanges J. MAURY*, éd. Dalloz & Sirey 1960, t. II, p. 580.

¹⁸² Cf. *supra* (n°39).

¹⁸³ La transmission est dite universelle car elle concerne la globalité des éléments contenus dans l'ensemble. Nous verrons qu'il s'agit néanmoins du transfert du contenu et non du contenant : cf. *infra* (n°518 et s.)

¹⁸⁴ Nous verrons d'ailleurs que c'est particulièrement dans le cadre de son transfert que le patrimoine doit être envisagé comme un tout unique, comme une universalité (cf. *infra* : n°240 et s.).

¹⁸⁵ Si la question de la transmission des dettes aux héritiers a fait l'objet de nombreux débats, son principe n'a jamais été réellement remis en cause : le passif doit être transmis aux héritiers avec l'actif. Il convient dès lors de distinguer le principe de succession aux dettes et son étendue : il ne s'agit pas ici de savoir si l'héritier est tenu *intra* ou *ultra vires successionis*. Or le principe même de la transmission des dettes n'a jamais été critiqué et existait déjà à Rome puis maintenu sous l'Ancien Droit. V. sur l'évolution de la question : PH. MALAURIE & CL. BRENNER, *op. cit.*, n°147 et s., p. 90 et s. ; J. PERCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD Civ.* 1905, p. 532 et s.

continuation de la personne a été largement critiquée¹⁸⁶. Mais indépendamment du rattachement à ce principe, les successions reposent toujours sur la transmission d'un ensemble universel¹⁸⁷ et les auteurs qui combattent la théorie romaine admettent toujours la transmission d'un tout, d'un actif et d'un passif corrélatif¹⁸⁸. Le principe de continuation de la personne en droit des successions n'existe d'ailleurs pas pour les personnes morales. Le patrimoine de ces dernières n'est généralement pas transmis, mais liquidé. Il arrive néanmoins qu'un ensemble de biens et de dettes corrélatives, rattaché à une personne morale, soit transmis. Les cas de cession de branches d'activité placés sous le régime des scissions ou de fusions de sociétés en sont les exemples les plus pertinents. Ces situations dépendent de l'existence d'un ensemble à transmettre, d'un tout envisagé tant d'un point de vue actif que passif¹⁸⁹. Le nouveau titulaire du patrimoine transmis ou de la partie transmise est ayant-cause universel¹⁹⁰, ce qui permet de fonder la circulation d'un tout abstrait¹⁹¹.

49. Le patrimoine, abstraction nécessaire. – Le patrimoine est une création théorique constitutive d'un ensemble abstrait qui vient remplacer le corps dans la contrainte. Il s'agit donc d'un ensemble envisagé comme une unité, qui permet de créer un lien entre biens et obligations. Ce lien, rendu nécessaire par la disparition d'une règle fondamentale du droit français, invite à penser les rapports de droit de façon abstraite. Pure création de l'esprit, le patrimoine n'est pas une somme de biens ou de dettes, mais une « structure d'accueil »

¹⁸⁶ V. notamment, O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions à titre universel*, th. Paris 1902 ; J. PERCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD Civ.* 1905, p. 535 et s.

¹⁸⁷ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n°238, p. 188.

¹⁸⁸ B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, n°280 et s., p. 231 et s. : l'auteur retient ici l'existence d'un principe de transmission des dettes aux héritiers tenus *ultra vires* en rejetant l'utilité du patrimoine ici. Pourtant, il conserve le lien entre l'actif successoral et le passif qui le grève. Or cette corrélation ne peut être préservée autrement que par un rassemblement abstrait que constitue le patrimoine. L'auteur y concède d'ailleurs par la suite quoiqu'il ne retienne pas la qualification de patrimoine mais celle d'universalité (n°449 et s., p. 401 et s.) ; J. PERCEROU, *op. cit.*

¹⁸⁹ V. En ce sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ-Lextenso 2015, n°1636 et s., p. 1020 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER & F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2016, n°1785 et s., p. 748 et s. ; v. également, la M.L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine*, th. Paris X, 1994 ; A.S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations – Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I, 2000, n°554, p. 420

¹⁹⁰ C'est pourquoi la Cour de cassation a conclu que si les parts sociales d'une SARL ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social, l'apport scission « ne peut être considéré comme une cession isolée faite à un tiers » et échappe donc à cette règle issue de la loi du 7 mars 1925 : Com, 19 avr. 1972, Bull. Civ. IV, n°115, pourvoi n°69-14054.

¹⁹¹ En ce sens, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, th. Dalloz 2011, n°83 et s., p. 77 et s. ; l'auteur s'intéresse d'ailleurs ensuite aux fondements et à l'opposabilité de la transmission de l'ensemble ; v. également J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2014, n°6.10, p. 362 et s. Il conviendra de préciser en réalité l'objet exact de cette circulation et de se demander si le patrimoine est véritablement transmis en tant que tout : cf. *infra* (n°519)

permettant un lien théorique entre les uns et les autres¹⁹². Il doit en ce sens être envisagé comme le tout qui unit potentiellement des éléments divers. Le patrimoine est alors caractérisé par deux éléments essentiels : l'unification d'un ensemble divers et la potentialité des éléments qui le compose. Or l'un comme l'autre de ces caractères force l'abstraction. D'un côté, l'unification, constatée à partir des opérations de transmission, consiste à envisager des éléments différents comme un ensemble unique. Or ce paradigme nécessite un effort de l'esprit, définition même de l'abstraction. De l'autre côté, la potentialité imposée par la généralité du droit de gage des créanciers, pousse à considérer l'ensemble indépendamment de ses changements dans le temps. Un effort d'abstraction est donc encore nécessaire.

135. Conclusion de la section. – « Le patrimoine, c'est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs¹⁹³ ». Son apparition est justifiée par l'évolution du droit. Il permet de faire le lien entre l'ancien et le neuf, il permet la cohérence d'ensemble des règles du Droit civil. Il est abstraction car il est *puissance*. Il est outil du droit de gage général en ce qu'il est une *garantie*. Il fait le lien entre ce que la personne a à *offrir* et ce que la personne doit à autrui. Il n'est donc pas dogmatique ou axiologique, le patrimoine est une notion fonctionnelle. Sa fonction identifiée de responsabilisation passe par l'établissement d'un lien entre propriété et obligation. Emprisonnée entre le monde des choses et celui des personnes, la fonction du patrimoine lui impose une structure spécifique : il se présente alors en tant qu'ensemble de biens et de dettes corrélativement liés. Ainsi l'étude de sa fonction invite-t-elle à s'intéresser à la structure du patrimoine, à son mode de fonctionnement. Plus précisément, cette analyse du patrimoine permet de comprendre ses contours, ses caractéristiques, lesquelles semblent exister en dehors du seul patrimoine, dans d'autres masses de biens et de dettes qui se répondent, c'est-à-dire dans d'autres universalités de droit.

¹⁹² Il faut entendre la « structure d'accueil » comme l'enveloppe abstraite qui reçoit, en dehors de tout facteur spatio-temporel, des éléments différents. Une auteure décide d'y voir d'ailleurs une chose collective par opposition aux choses composées, la première résultant de l'intégration des éléments à un ensemble préexistant quand les secondes sont le résultat d'une incorporation ou d'une accession : C. KUHN, th. préc., n°36 et s., p. 33 et s. Il conviendra de préciser cette analyse en s'intéressant aux liens entre patrimoine et universalité (*cf. infra* : n°203 et s.).

¹⁹³ Nous soulignons ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, éd. La mémoire du droit 2001, p. 399.

SECTION 2 – UNE IDENTITE STRUCTURELLE ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

50. Partir des points communs. – Le patrimoine est perçu comme le moyen de mettre en relation les biens et les dettes, la propriété et les obligations, les objets et le sujet de droit. Il se présente alors comme un mécanisme complexe doté d’une structure particulière. Or celle-ci s’organise autour de l’idée d’affectation : les biens semblent affectés aux dettes, le tout semble affecté à un intérêt. C’est cette structure qui s’avère pouvoir être identifiée en dehors du patrimoine et qui traduit l’identification de masses¹⁹⁴ similaires au patrimoine. Cette similitude est suffisamment importante pour justifier un rapprochement, voire une assimilation. Mais elle n’est pas complète et fait ainsi obstacle à une identité totale entre toutes les masses de biens et de dettes que fournit le droit positif. Ces masses sont souvent qualifiées d’universalité de droit sans se confondre avec le patrimoine, ce qui suggère une dissociation des notions.

51. La pluralité des patrimoines ? – La création des patrimoines d’affectation semble avoir ravivé les débats relatifs à la pluralité des patrimoines. Gouverné par un principe d’unicité, le patrimoine ne devrait pas trouver d’application ailleurs que dans la notion qu’il incarne. L’incompatibilité de ses fondements avec la multiplication de ses applications invite à s’interroger sur la nature de ces nouveaux « patrimoines ». Ici encore, le concept d’universalité juridique se présente comme une solution appropriée.

52. L’identification des universalités de droit. – Il est nécessaire, dans la recherche d’un renouvellement de la notion d’universalité de droit, de déterminer ce qui la caractérise. Partageant la même structure interne que le patrimoine en mettant en place une corrélation de biens et de dettes (I), elle reçoit aujourd’hui de nombreuses applications tant en droit positif qu’en droit prospectif (II).

I. La structure du patrimoine : une corrélation entre actif et passif

53. La notion de structure. – Philosophiquement, la personne s’oppose au corps, c’est une entité abstraite composée de plusieurs éléments. En ce sens, le corps est une des composantes de la personne. Or le patrimoine vient remplacer la personne dans sa fonction

¹⁹⁴ Pour rappel, l’idée de masse est la plus appropriée pour désigner l’universalité comme le patrimoine en ce qu’elle implique une pluralité de composants indépendant et une unité du tout : *cf. supra* (n°1).

de responsabilisation¹⁹⁵. Il est certes difficile d'assimiler l'un à l'autre dans la mesure où, dans la *summa divisio* du Droit, tout ce qui n'est pas personne est nécessairement chose. Pourtant, le patrimoine semble emprunter à la personne sa structure : il se présente comme un tout composé de plusieurs éléments. C'est pourquoi après avoir vu la fonction du patrimoine et son histoire, il faut désormais s'intéresser à sa structure. Celle-ci s'entend comme « un tout formé de phénomènes solidaires tels que chacun dépend des autres et ne peut être ce qu'il est que dans et par cette relation avec eux¹⁹⁶ ».

54. La structure du patrimoine : comment corréler actif et passif ? – Le patrimoine se présente comme un ensemble, un contenant. S'il est une vérité certaine et unanime à son sujet, c'est qu'il représente un tout abstrait, une structure autonome¹⁹⁷. Comme l'universalité de droit¹⁹⁸, le patrimoine semble se définir non seulement comme un tout mais surtout comme la réunion d'éléments divers qui se répondent. Nous avons vu en effet que parce qu'il remplit essentiellement une fonction de responsabilisation, le patrimoine repose sur les notions de propriété et d'obligation. Il faut alors voir comment s'établit le lien entre patrimoine d'un côté et propriété et obligation de l'autre. Comment le patrimoine parvient-il à réunir l'ensemble des biens et à les orienter vers la garantie des dettes ? Il s'agit de savoir quel lien unit les biens et les dettes dans le patrimoine. Celui-ci se caractérise classiquement en doctrine par une corrélation entre l'actif et le passif¹⁹⁹. Mais qu'est-ce qu'une « corrélation » en Droit ? Par quel moyen juridique les liens du patrimoine se créent-ils ? S'interroger sur ce point est nécessaire dans la mesure où cette relation, établie entre l'actif et le passif, semble être commune à tous les ensembles universels, qui semble caractériser les universalités juridiques. Comprendre la structure du patrimoine permet alors d'identifier les critères de qualification de l'universalité juridique. La corrélation entre l'actif et le passif se

¹⁹⁵ En effet, l'apparition du patrimoine correspond à la mise en place d'un moyen de garantir les obligations autrement que par la contrainte par corps : *cf. supra* (n°29 et s.)

¹⁹⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010, V°Structure. Dans le même sens, v. TH. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327 et s. : « le mot « structure » désigne tantôt « les différents éléments d'un ensemble », tantôt « un système organisé dont les éléments sont dépendants et solidaires entre eux ».

¹⁹⁷ C. KUHN propose à ce sujet de distinguer l'ensemble de la structure autonome : le patrimoine, et plus généralement l'universalité, n'est pas un ensemble car il n'est pas la somme de plusieurs choses comme pourrait l'être une chose composée. L'auteure définit alors le patrimoine comme une chose collective, une structure autonome dont l'existence ne dépend pas de ses composantes. En d'autres termes, le patrimoine peut exister même vide et doit donc être défini comme « une structure d'accueil ». C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire*, th. Paris I, 2003, n°20 et s., p. 22 et s.

¹⁹⁸ On remarque d'ailleurs, que les dictionnaires juridiques définissent le patrimoine par une telle assimilation à l'universalité : v. par exemple G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, V°Patrimoine. En réalité, le patrimoine est plus précis que l'universalité de droit, il en est une espèce : *cf. infra* (n°203 et s.).

¹⁹⁹ Les définitions qui en sont données suffisent à le voir : *cf. supra* (n°18).

présente ainsi comme le moyen de créer ce lien entre les biens et les dettes, d'affecter les premiers à la garantie des secondes, de mettre en place une responsabilité sur les biens, trait commun à toute universalité de droit.

55. Pourquoi et comment corréler l'actif au passif ? – Malgré les débats relatifs à sa composition et au-delà de ceux qui en discutent l'utilité, le patrimoine est systématiquement rattaché à cette idée qu'une corrélation est établie entre biens et dettes²⁰⁰. Ce rattachement n'est pas surprenant au regard des développements précédents puisque cette « corrélation » semble directement liée à la fonction de la notion. En effet, si le patrimoine est fonctionnellement le substitut de la personne dans une optique de responsabilisation, il met nécessairement en lien ses biens et ses dettes : apparaît alors l'inévitable relation entre un actif et un passif. Mais le terme de corrélation ne renvoie pas à une idée juridique définie : quel est donc ce lien, ce rapport qui les unit ? Comprendre ses fondements s'avère ici nécessaire (A). Cette étude n'est pourtant complète que si elle se double d'une analyse des moyens pour mettre en œuvre ce rapport, pour le maintenir et le rendre efficace (B).

A. La corrélation entre actif et passif : une affectation

56. Les critères d'identification du patrimoine. – Le patrimoine se construit strictement autour de la corrélation entre actif et passif. Sans elle, il ne saurait y avoir de patrimoine. Ce lien entre propriétés et obligations invite à envisager l'idée d'une affectation des premiers aux seconds car, dans le domaine des biens, un usage spécifique semble pouvoir être qualifié d'affectation spéciale : il s'agit d'y voir une affectation de l'actif au passif. Cette corrélation est cependant insuffisante car toute affectation de biens à la garantie de dettes ne peut être analysée en un patrimoine, encore faut-il y déceler un élément fédérateur, symbole d'une relative permanence. Déterminer le rôle que le bien remplit au sein du patrimoine revient à se demander quelle utilité il peut avoir. Or cette utilité est orientée vers une fin : la garantie des dettes. Cette orientation de l'usage du bien vers un objectif ne va pas sans rappeler la définition de l'affectation (1). Appliquée au patrimoine celle-ci permet de donner un sens à la corrélation actif/passif qui caractérise l'ensemble universel (2).

²⁰⁰ Même pour les auteurs qui excluent les dettes du patrimoine, une relation s'établit nécessairement entre elles et les biens : v. par exemple A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 661 et s. ; même auteur, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Patrimoine.

1. *Affectation et notions voisines*

57. Utilité, usage et affectation. – L'utilité n'est qu'une valeur potentielle d'usage de la chose et non une valeur effective. En d'autres termes, un bien peut avoir plusieurs utilités, le propriétaire peut choisir de n'en user que d'une seule²⁰¹. Par exemple, un bien immobilier est susceptible de plusieurs usages – d'habitation, commercial, locatif, etc. – mais le propriétaire peut ne jamais exploiter toutes ces utilités. Si l'utilité potentielle se distingue de l'usage effectif de la chose, il faut également voir que l'utilité potentielle se distingue encore de la destination²⁰², en ce que celle-ci repose sur une volonté et ne résulte jamais de la seule nature des choses²⁰³. Ainsi, l'immobilisation par destination concerne des objets qui sont volontairement placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation de son fonds²⁰⁴. Il faut encore préciser que la volonté mise en œuvre ici peut être individuelle ou légale²⁰⁵. Les exemples de destinations issues de la volonté individuelle sont nombreux : au-delà de l'immeuble par destination de l'article 524 ou du bail conclu sur un bien par le propriétaire, il faut également mentionner le prêt à usage, la clause d'habitation bourgeoise, les servitudes par destination du père de famille, etc. Parmi les destinations légales, on peut citer

²⁰¹ En ce sens, la valeur d'usage d'un bien, à la différence de sa valeur d'échange qui se cristallise toujours en une certaine quantité d'unités monétaires, présente d'infinies facettes. » : W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 425.

²⁰² Affectation et destination sont dissociées chez certains auteurs (v. par exemple R. BOFFA, *La destination de la chose*, éd. Defrénois 2008, n°9-11, p. 9 et s.) ; nous considérons à l'inverse qu'ils sont deux versants d'une même notion et que s'il existait une différence à l'origine, celle-ci semble avoir disparue : en ce sens : S. GUINCHARD, *op. cit.* ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°413-1, p. 762.

²⁰³ Quoique des éléments objectifs de destination soient nécessaires, la volonté est requise : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°43, p. 35 et n°423, p.364 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2009, n°5, p. 3 ; v. également, G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°322 et s., p. 303 et s. ; FR. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 1981, n°321, p. 425 ; FR. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, rééd. Coll. Anthologie du droit 2014, n°73, p. 73 ; C. KUHN, th. préc., n°73 et s., p. 59 et s.

²⁰⁴ L'article 524 du Code civil dispose ainsi dans son premier alinéa que « les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination », nous soulignons. La volonté est alors nécessaire à l'opération d'immobilisation : Civ., 23 avril 1833, S. 1833, I, 632 : « les effets mobiliers de leur nature n'ont fictivement le caractère d'immeuble par destination, que par la volonté du propriétaire » ; dans le même sens : Civ. 1^e, 3 juin 1958, Bull. Civ. I, n°283 ; Civ. 1^e, 18 mars 1968, Bull. Civ. I, n°101. Les auteurs l'écrivent également : G. WICKER, th. préc., n°318 et s., p. 300 et s. ; S. GUINCHARD, th. préc., n°80 et s., p. 70 et s. ; FR. ZÉNATI, note sous arrêt CA Agen, 1^{er} déc. 1988, *RTD Civ.* 1990, p. 108 ; FR. TERRÉ, th. préc., n°73, p. 73 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, n°254, p. 341.

²⁰⁵ Il n'est pas de destination judiciaire à notre sens car le juge n'est jamais à l'initiative du changement de destination, du moins en droit privé, car cela constituerait une ingérence trop forte dans la gestion du patrimoine et, par conséquent, une violation du droit de propriété. Par exception, le dessaisissement dont le débiteur fait l'objet à l'occasion d'une procédure collective permet de remplacer la volonté du débiteur par celle du juge ou du liquidateur dans l'intérêt des créanciers. Mais c'est là la conséquence de l'effet réel de la procédure collective : en ce sens, F.X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, PUF 2016, n°231 et s., p. 205 et s. ; A. JACQUEMONT, R. VABRES & TH. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficultés*, LexisNexis 2017, n°830 et s., p. 483 et s.

l'affectation du logement familial à l'intérêt de la famille, celle des revenus du couple à ce même intérêt. Mais la volonté n'est ici qu'une composante de la destination et ne permet pas d'expliquer la notion. Celle-ci est généralement définie comme « le but poursuivi, la finalité imprimée à un accord » et « plus concrètement, l'usage auquel une chose est affectée²⁰⁶ ». Juridiquement, la destination ou l'affectation²⁰⁷ vient orienter l'usage que le propriétaire fait de son bien, un usage qui tend à une finalité spéciale. L'idée de but intervient alors et il n'est de destination sans lui. L'idée de spécificité, ensuite, implique celle d'exclusivité car dans toutes les hypothèses d'affectation, celle-ci « provoque une restriction des utilités de la chose, contrepartie de l'utilité promue »²⁰⁸. Un auteur écrit alors que « l'affectation se décompose en deux éléments : la détermination d'un but et la réalisation de ce but²⁰⁹ », elle semble alors non seulement résulter de la volonté mais aura surtout vocation à perdurer. En effet, l'usage d'une chose est immédiat, il s'inscrit dans un moment précis quand la destination renvoie à un usage répété et/ou prolongé mais surtout à un objectif lointain qui requiert de sortir d'un moment particulier et d'entrer dans une durée, dans une période qui s'étale dans le temps²¹⁰. L'affectation se caractérise ainsi par une certaine permanence et a, en ce sens, précisément besoin d'une volonté pour exister. L'usage spécifique auquel est destiné le bien va, en raison de sa vocation à perdurer, entraîner une exclusivité dans l'utilisation de la chose. Le régime de la propriété par exemple semble limité lorsque le bien est donné à bail : le bailleur comme le preneur sont tous deux soumis au respect de la destination et l'un comme l'autre voit ses droits enfermés dans le cadre de cette destination²¹¹. La destination va donc restreindre, contrairement à l'utilité, les pouvoirs du propriétaire sur sa chose²¹². Si la volonté du propriétaire est à l'origine de la destination, la

²⁰⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2010, V° Destination.

²⁰⁷ Pour certains auteurs, l'affectation et la destination sont deux notions distinctes, l'une résultant de la volonté individuelle, l'autre pouvant résulter d'une volonté mais également d'un fait extérieur, de la loi ou du juge (par ex. R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008). Nous garderons la confusion des deux termes car elle n'emporte aucune conséquence sur les effets de la destination ou de l'affectation et, plus précisément, sur la corrélation entre l'actif et le passif.

²⁰⁸ FR. ZÉNATI et TH. REVÊT, *Les biens*, PUF 2008, n°236, p. 383 ; dans le même sens, un auteur écrit que « la soumission d'un bien à un usage déterminé implique automatiquement qu'il ne soit pas disponible pour un autre usage » : S. GUINCHARD, th. préc., n°214, p. 187.

²⁰⁹ S. GUINCHARD, th. préc., n°13, p. 13. Dans le même sens, G. WICKER, th. préc.

²¹⁰ S. GUINCHARD, th. préc., n°26, p. 25 ; G. WICKER, th. préc., n°314, p. 296 ; R. BOFFA, th. préc., n°143, p. 96 ; FR DANOS, « Les restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, p. 151.

²¹¹ L'article 1719, 2° et 4°, précise ainsi que le bailleur est obligé « d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (...) d'assurer la permanence et la qualité des plantations » ; l'article 1728, 1° poursuit en précisant à son tour que le preneur est tenu « d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail (...) ».

²¹² C'est d'ailleurs ainsi qu'un auteur fonde toutes les restrictions au droit de disposer sur une affectation, réelle ou personnelle : FR. DANOS, art. préc. On constate d'ailleurs que ces restrictions sont en accord avec le caractère absolu du droit de propriété puisque c'est le propriétaire même qui décide de s'imposer de telles restrictions (art. 537, C. Civ.).

spécificité et le maintien de cette dernière implique nécessairement des restrictions quant au régime du bien²¹³. Elle se caractérise donc par la réunion de trois éléments : née d'une volonté et poursuivant un objectif, la destination d'un bien emporte des restrictions quant à l'usage et à la disposition.

58. Les caractéristiques de l'affectation. - Partant de l'étude de la domanialité des biens en droit administratif, le doyen GUINCHARD a tenté de définir la notion d'affectation. Il constate alors que la notion innerve l'ensemble du Droit civil jusque dans la distinction du domaine public et du domaine privé. En effet, ce sont, à l'origine, les textes du Code civil qui permettent une telle division des biens²¹⁴. L'auteur s'intéresse alors aux différentes manifestations de l'affectation dans le Droit positif de l'époque pour s'adonner à la construction d'une théorie générale de l'affectation. Notion unique aux applications multiples, il parvient à une définition globale et satisfaisante selon laquelle « l'affectation se décompose en deux éléments : la détermination d'un but et la réalisation de ce but. De ces deux aspects, le premier a été souvent négligé, voire ignoré ; affecter ce n'est pas seulement vouloir réaliser un but, cette réalisation ne pouvant se faire qu'à l'aide de techniques appropriées, c'est aussi choisir le but poursuivi.²¹⁵ ». En d'autres termes, la notion d'affectation englobe non seulement l'existence de l'affectation mais également sa mise en œuvre²¹⁶. Ces deux éléments représentent les composantes de la notion et, partant, ses critères de qualification. Ainsi, l'affectation dépasse le simple rattachement d'un bien à une finalité spéciale ou exclusive. Elle se présente aussi comme une technique permettant l'aménagement d'un régime juridique.

59. Détermination des effets de l'affectation. – Cette approche de l'affectation appelle deux remarques : la première, plus importante, consiste à voir que cet aménagement du régime du bien n'est pas l'objet immédiat de l'affectation mais sa conséquence²¹⁷. C'est

²¹³ Selon un auteur, cette modification dans le régime du bien serait précisément l'objectif recherché par le propriétaire : R. GARRON, « L'influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.* 1965, Chron. p. 191 et s. Néanmoins, il semble y avoir ici une confusion entre la cause et la conséquence. Le propriétaire poursuit un objectif dans l'affectation d'un bien à un but mais si le régime dudit bien s'en trouve modifié, ce changement n'en est pas la cause mais seulement la conséquence. Les auteurs s'étant penchés sur la théorie de l'accessoire l'ont d'ailleurs compris : G. GOUBEAUX, *th. préc.*, n°75 et s., p. 125 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVÊT, *op. cit.*, n°129 a), p. 195.

²¹⁴ A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF 1989, spéc. n°158 et s., p. 186 et s.

²¹⁵ S. GUINCHARD, *th. préc.*, n°13, p. 13.

²¹⁶ Cette idée est reprise par le Professeur WICKER dans sa thèse et revient à admettre nécessairement la vocation de l'affectation à s'étendre dans le temps : G. WICKER, *ibid.*

²¹⁷ En ce sens, un auteur écrit : « certes, la destination de la chose a toujours pour effet de modifier le régime juridique des droits dont elle demeure l'objet. Mais les modifications ne se justifient pas par la finalité de ces

le rattachement du bien au but spécifique qui entraîne l'agencement des règles auxquelles il est soumis²¹⁸. La seconde remarque tient au terme « aménagement ». Il ne s'agit pas ici de créer *ex-nihilo* un régime nouveau car l'objet affecté est déjà soumis à un régime découlant de sa qualification ; il ne s'agit pas non plus de le modifier entièrement sous peine de violer les lois et les règlements ou de dénaturer l'objet affecté. Il s'agit donc véritablement d'un aménagement du régime juridique. Mieux, l'affectation semble préciser les contours d'un régime existant en limitant la portée²¹⁹. Le logement de la famille par exemple est un bien immobilier affecté à l'intérêt de la famille. C'est ainsi que les pouvoirs du propriétaire sur ce bien spécifique se trouvent particulièrement réduits²²⁰. L'aménagement ainsi recherché dans l'affectation passe par le rattachement de l'objet affecté, à la finalité de l'affectation. Il s'agit de rattacher une chose à un but spécifique. Ainsi, le doyen GUINCHARD poursuit son raisonnement en ajoutant que l'affectation consiste d'abord « à destiner et (ensuite) à appliquer une chose à un certain usage²²¹ » ou encore à « choisir un but et (ensuite) le réaliser par des techniques appropriées²²² ». En somme, l'affectation est d'abord l'usage finalisé et exclusif d'un bien et ensuite la modification de son régime en cohérence avec cette fin.

2. L'affectation des biens patrimoniaux

60. Rôle de l'affectation ou de la destination. – Comprendre le rôle de l'affectation implique de se demander à quoi elle sert. Si certains auteurs énoncent que l'étude du rôle de l'affectation n'est que secondaire, elle n'en est pas moins nécessaire²²³. Dans la construction

droits : elles se justifient par l'affectation matérielle de la chose considérée. » : R. GARRON, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.* 1965, Chron. p. 191 et s. n°5, p. 192.

²¹⁸ Notons d'ailleurs que l'affectation permet ainsi d'expliquer la règle de l'accessoire puisque le bien accessoire est soumis au régime du bien principal car il est affecté à l'exploitation de ce dernier : en ce sens, v. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, n°75 et s., p. 125 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°129 a), p. 195.

²¹⁹ Cf. *infra* (n°60).

²²⁰ L'article 215 du Code civil porte ainsi une atteinte au droit de propriété, justifiée par l'affectation de l'immeuble à l'intérêt familial. Cette restriction au droit de disposer est d'autant plus forte lorsqu'un seul des époux est propriétaire du bien. Dans le sens d'une affectation dans la protection du logement de la famille, v. M. GRIMALDI, « Le logement de la famille », *Deffrénois* 1983, I, p. 1025 et s., spéc. n°5, p. 1028 ; C. WATINE-DROUIN, « Le statut du logement familial », in *Mélanges Ph. SIMLER*, Dalloz-LexisNexis 2006, p. 253 ; A. TISSERAND-MARTIN, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples », in *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Dalloz 2009, p. 830.

²²¹ S. GUINCHARD, *ibid.*

²²² S. GUINCHARD, th. préc., n°15, p. 15.

²²³ « S'il est vrai que par le biais des théories sur les patrimoines d'affectation, une première approche de l'affectation est possible, une telle méthode présente l'inconvénient majeur d'aborder le rôle que l'on a voulu faire jouer à l'affectation sur le plan de la théorie juridique, sans connaître au préalable ce qu'est réellement en pratique, dans la vie juridique, l'affectation des biens » : S. GUINCHARD, th. préc., n°13, p. 13. Il convient de

logique des règles de droit, la première étape consiste à établir une qualification, laquelle permet alors la classification – celle des droits, celle des biens, celle des contrats, etc. Or cette classification repose sur différents critères. Ainsi, les choses sont classifiées traditionnellement selon leur nature mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle ; les actes sont organisés selon leur fonction translatrice, extinctive, déclarative, abdicatoire, etc. Toutes ces catégories tendent à « soumettre les droits à des règles communes, lorsque ces droits présentent certains caractères communs²²⁴ ». L'unité constatée par la nature des choses trouve ainsi une traduction juridique dans une égale unité de régime. La cohérence du système juridique repose ainsi sur les classifications qui ont cette vertu de permettre un ordonnancement logique et global des règles de droit²²⁵. Cependant, celles-ci sont parfois troublées par l'affectation. Ainsi en est-il par exemple du meuble placé par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds et qui, par rattachement à ce dernier, devient immeuble par destination²²⁶. L'affectation vient ici, non pas changer la nature du bien à proprement parler – car il s'agirait autrement d'une incorporation²²⁷ – mais seulement le régime qui lui est applicable²²⁸ ; en d'autres termes, elle ne trouble pas la classification dans son principe mais dans sa fonction²²⁹. Dans bien des cas, l'affectation ne va d'ailleurs pas modifier la nature du bien mais va simplement le soumettre à un régime plus restreint²³⁰. Il en va ainsi par exemple du régime de la propriété lorsque le bien est donné à bail. Pour autant, il n'est pas question ici de considérer que le droit du bailleur sur son bien n'est plus celui de

nuancer cette analyse dans la mesure où si une première approche de l'affectation est nécessaire à son application au patrimoine, il est impossible de la détacher complètement de son rôle car une notion juridique n'a justement de sens que l'utilisation qu'on en fait.

²²⁴ R. GARRON, *ibid.*

²²⁵ En ce sens, F. GENY, *Science et technique juridique en droit privé positif*, Sirey 1922, t. 1, n°52, p. 154-155 ; J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°170 et s., p. 228 et s.

²²⁶ Article 524 du Code civil.

²²⁷ Art. 518 du Code civil.

²²⁸ C'est en ce sens qu'une grande partie des auteurs considèrent que l'immobilisation par destination constitue une fiction mais surtout une fiction inutile : FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2010, n°37, p. 43 ; J. GHESTIN, J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ 2010, n°15, p. 17 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°129, p. 195 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n° 414-2, p. 764 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ 2016, n°116, p. 156 ; Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF 2006, n°31, p. 57 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 2016, n°138, p. 55 ; v. néanmoins, l'analyse de cette technique par G. WICKER, *th. préc.*, n°317 et s., p. 299 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°42, p. 39 ; A. SÉRIAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Patrimoine, n°35 et s.

²²⁹ En ce sens, FR. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ-Lextenso, 1957, Rééd. Coll. Anthologie du Droit, 2014, n°75, p. 77 : l'auteur écrit que « le caractère d'immeuble par destination est simplement relatif, car ces biens demeurent meubles à l'égard de certaines personnes ». v. également G. WICKER, *th. préc.*, n°319 et s., p. 300 et s.

²³⁰ Le rôle premier de l'affectation réside donc dans la soumission du bien affecté à un régime dérogatoire : R. GARRON, *ibid.* ; S. GUINCHARD, *th. préc.*, n°13, p. 13.

propriété²³¹. En ce sens, l'affectation est outil de détermination du régime applicable à tel ou tel bien. Elle réalise le rattachement d'une chose à une autre sans attache matérielle²³². Ainsi, l'affectation est d'abord un outil permettant de finaliser une chose (ou un droit d'ailleurs), d'en limiter l'usage en le tournant vers un objectif choisi, nous le verrons, par le propriétaire. Le régime juridique qui se trouve ainsi modifié n'est alors qu'une conséquence juridique nécessaire de ce choix.

61. La corrélation : une affectation des biens à la garantie des dettes. – Il est possible, à partir de cette définition, d'émettre l'hypothèse d'une destination commune à tous les biens du patrimoine : celle de permettre le désintéressement du créancier. Si au sein de l'ensemble, les biens sont réunis autour d'un objectif de garantie des dettes, pourquoi ne pas considérer qu'ils sont liés par une destination de l'un à l'autre ? Il s'agirait alors d'une destination légale puisque ce sont les articles 2284 et 2285 qui établissent une telle relation. L'objectif poursuivi correspond à la mise en œuvre de la fonction du patrimoine. La difficulté de cette analyse résiderait alors dans l'identification des restrictions qui pèsent sur le propriétaire dans l'usage et la disposition des biens patrimoniaux. Ces restrictions correspondent au respect de la destination et à l'impossibilité de disposer du bien affecté. Or le respect de la destination est assuré, dans le cadre du patrimoine, par la potentialité de la destination. Il s'agit ici de considérer que si tous les biens patrimoniaux sont destinés à la garantie des dettes, l'utilisation momentanée d'un de ces biens ne contredit pas la fonction de garantie qui lui est attribuée. Ainsi, lorsqu'un débiteur loue un de ses biens, il ne met pas en danger le gage général de ses créanciers²³³. Quant aux restrictions au pouvoir de disposer, le patrimoine permet d'y remédier grâce à la subrogation réelle qui permet de maintenir la destination et la fonction des biens dans la garantie des dettes tout en autorisant les actes de

²³¹ Certains pourraient ici affirmer que le droit du bailleur n'est plus propriété tant il est soumis à des règles spécifiques, venant ainsi contredire le caractère absolu de ce droit. Néanmoins, on voit d'une part que le droit du preneur n'est pas un droit sur la chose mais un droit de créance (v. sur la question, J. DERRUPÉ, « Souvenir et retour sur le droit réel du locataire », in *Mélanges L. BOYER*, PUToulouse 1996, p. 169 et s.) ; d'autre part, la limitation des pouvoirs du bailleur sur son bien ne remet pas en cause son titre de propriété (v. sur la question : R. BOFFA, *op. cit.*, n°223 et s., p. 146 et s. et n°312 et s., p. 207 et s. ; Fr. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s. et A. TADROS, « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer et la définition de la propriété », *RDC* 2016/1, p. 187 et s.)

²³² G. GOUBEUX prend ainsi l'exemple de la servitude pour préciser que le fonds servant est affecté au fonds dominant alors que la loi exige une distinction des deux (art. 637 du Code civil) ; G. GOUBEUX, th. préc., n°75, p. 125 et s.

²³³ Les créanciers bénéficient par ailleurs de mesures leur permettant de protéger ses droits, notamment de façon curative à travers l'action paulienne et de façon préventive grâce aux mesures conservatoires (*cf. infra* : n°393 et s.).

disposition²³⁴. Il est par conséquent possible de voir dans la relation entre les éléments du patrimoine, une affectation de l'actif au passif²³⁵.

62. La destination légale dans le gage général des créanciers. – Analyser le gage général des créanciers permet d'y déceler un rapport entre les biens et les dettes et de conforter l'assimilation de ce rapport en une affectation des premiers aux seconds. La fonction des biens patrimoniaux – à distinguer de la fonction du patrimoine en tant qu'ensemble car celle-ci est plus précise²³⁶ – réside dans la garantie qu'elle offre aux créanciers de leur propriétaire. En lien direct avec le mouvement effectué par le patrimoine dans la sanction des obligations de la personne aux biens, le droit de gage général établit d'autant plus une connexion entre les biens et les dettes que la garantie de celle-ci ne peut plus passer par la personne même²³⁷. La destination légale des biens patrimoniaux au règlement des dettes prend donc racine dans la fonction même de responsabilisation du patrimoine²³⁸. En d'autres termes, le patrimoine repose, dans sa structure, sur une affectation légale, celle imposée par l'article 2284 du Code civil. À l'appui de cette analyse, nombre d'auteurs font souvent un rapprochement – quoique pour l'écarter ensuite – avec le gage tel qu'il est entendu dans le Titre III du Livre relatif aux sûretés et le « gage général » des créanciers²³⁹. Si l'assimilation est globalement, voire unanimement, rejetée, un parallèle semble néanmoins possible. C'est notamment la définition même de la sûreté réelle, retenue en doctrine, qui permet d'établir une proximité entre les deux « gages ». La sûreté réelle est en effet caractérisée par l'affectation d'un bien déterminé à la garantie d'une dette déterminée. Le patrimoine met en place, quant à lui, l'affectation de biens non déterminés à la garantie de dettes non déterminées. La distinction réside alors dans le caractère déterminé ou général du gage quand le rapprochement réside quant à lui dans la technique employée :

²³⁴ Cf. *infra* (n°69 et s.)

²³⁵ Un auteur écrit d'ailleurs que certaines choses ne sont pas affectées au désintéressement des créanciers car il y a à leur égard une « volonté du législateur d'affecter spécialement ces objets à l'usage de leur propriétaire » : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°114, p. 121.

²³⁶ Cf. *infra* (n°124 et s.).

²³⁷ Cf. *supra* (n°39 et s.).

²³⁸ En ce sens, v. A. SÉRIAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Patrimoine, n°46 et s. où l'auteur retient une affectation des biens au paiement des dettes qu'il appelle « affectation passive ».

²³⁹ Il faut noter d'ailleurs dans ce sens que la réforme des sûretés du 23 mars 2006, n°2006-346 a placé les articles relatifs au droit de gage général sous le titre relatif aux sûretés réelles ; dans le même sens, PH. SIMLER & Ph. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés et la publicité foncière*, Précis Dalloz 2014, n°2, p. 5 ; E. GAUDEMET, *Le transport des dettes à titre particulier*, éd. Arthur Rousseau, p. 30-31.

les deux reposent sur une affectation de biens à la garantie de dettes²⁴⁰. On ne peut qu'admettre ici l'existence d'une telle destination au sein du patrimoine.

B. Les moyens techniques de la corrélation entre actif et passif

63. La mise en œuvre matérielle de la corrélation. – La corrélation entre les biens et les dettes au sein du patrimoine trouve une expression dans le droit de gage général des créanciers. Celui-ci repose, dans la théorie d'AUBRY et RAU, sur une fongibilité des biens patrimoniaux qu'il faut expliquer (1). La destination de l'actif au passif est ensuite rendue compatible avec la liberté du propriétaire/débiteur de disposer de ses biens par le mécanisme de la subrogation réelle (2). Il est d'ailleurs possible de voir un lien entre ces deux mécanismes : la subrogation réelle met en œuvre un rapport d'équivalence, ce qui ne va pas sans rappeler le sens de la fongibilité. Chacune de ces notions, traditionnellement rattachée à la structure du patrimoine y a donc légitimement sa place.

1. La fongibilité des éléments actifs

64. Fongibilité et choses de genre. – La fongibilité ne fait l'objet d'aucune définition légale et celles proposées en doctrine ne semblent pas suffisantes pour rendre compte de son rôle dans le patrimoine. Souvent confondues²⁴¹, il convient, en premier lieu, de distinguer les choses fongibles des choses de genre. Une chose de genre est une chose qui, appartenant à une catégorie de choses de mêmes qualités et existant en une certaine quantité, peut être remplacée par une autre chose du même genre, l'une étant naturellement équivalente à l'autre. L'épi de blé est, par exemple, une chose qui appartient à un genre et un autre épi peut venir le remplacer : ils sont naturellement équivalents. Mais deux choses peuvent appartenir à un même genre sans avoir les mêmes qualités de sorte que leur rapport d'équivalence disparaît. Elles ne semblent pourtant pas cesser d'appartenir au genre qui leur est commun²⁴².

²⁴⁰ En ce sens, M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC & PH. PÉTEL, *Manuel de Droit des sûretés*, Litec 2010, n°567, p. 413 ; J. MESTRE, E. PUTMAN & M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n°13, p. 11 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND & M.N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, Sirey 2016, n°633, p. 335. D'autres auteurs préfèrent faire référence à l'accessoire pour fonder le lien entre le bien et la dette dans le cadre des sûretés réelles. Nous verrons cependant que la théorie de l'accessoire repose elle-même sur une affectation (*cf. infra* : n°174).

²⁴¹ G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Introduction générale à l'étude du droit*, t. I, Sirey 1972, n°299, p. 480 ; P. VOIRIN & G. GOUBEUX, *Droit civil*, t. I, LGDJ 2011, n°360, p. 304 ; G. CORNU, *Les biens*, Montchrestien 2007, n°15, p. 39 ; J. CARBONNIER, *Les biens*, Domat, n°53, p. 96 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2015, n°11, p. 15 et s.

²⁴² Dans le même sens, P. JAUBERT, « Deux notions de droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD Civ.* 1945, p. 75 et s., spéc. p. 84 : « Toutes choses peuvent être, au fond, pesées, comptées ou mesurées,

Par exemple, deux Porsche, du même modèle, de la même année mais qui n'ont pas connu la même utilisation auront un kilométrage différent, altérant ainsi leurs qualités et surtout leurs valeurs. Elles ne seront donc plus interchangeables. Elles ne cesseront pourtant pas d'appartenir au genre *voiture de la même marque et du même modèle*²⁴³. Dans le premier cas, les deux épis de blé seront considérés comme étant fongibles ; dans le second, les voitures ne le seront pas.

65. La notion de fongibilité. – Des choses de genre peuvent être fongibles entre elles mais elles ne le seront pas nécessairement. La fongibilité n'est donc pas constante, elle ne participe pas de la nature des choses²⁴⁴. Plus encore, la fongibilité se présente comme une notion d'opportunité. Elle n'existe que pour servir un objectif qui lui préexiste. L'épi de blé n'a besoin d'être changé par un autre équivalent que parce que le premier a disparu. Deux remarques s'imposent alors : d'une part, la fongibilité est un rapport effectif d'équivalence contrairement à la qualité potentielle d'équivalence qu'ont les choses de genre. Cette première remarque en impose deux autres encore : d'abord, une chose n'est jamais simplement fongible, elle est nécessairement fongible avec une autre ; ensuite, les choses de genre se distinguent des choses fongibles en ce que les premières portent en elles-mêmes le signe de leur équivalence quand les secondes ne sont équivalentes que dans des circonstances précises. D'autre part, l'équivalence n'est toujours créée que dans un objectif spécifique. Par exemple, elle sert la restitution des choses consommables : chaque fois qu'une chose consommable, qui disparaît par l'usage, est grevée d'une obligation de restitution, celle-ci se réalise uniquement grâce à la fongibilité entre le bien usé et le bien restitué²⁴⁵. Partant, la fongibilité permet ici l'exécution de l'obligation de restitution²⁴⁶. De la même manière, la

on peut les comprendre dans la même catégorie plus ou moins large sans qu'elles soient pour autant fongibles. On peut compter 50 automobiles sans que celles-ci soient fongibles entre elles ; on peut mesurer 100 litres de vin qui appartiennent à des récoltes différentes, ils ne sont cependant pas fongibles. ».

²⁴³ Ainsi, « par l'individualisation, une chose de genre devient un corps certain, mais elle ne perd pas pour autant sa fongibilité puisqu'elle continue d'appartenir à un genre dont les unités sont équivalentes entre elles » : P.G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle – Étude sur la qualification des biens juridiques*, LGDJ-Montchrestien 2004, n°135, p. 130.

²⁴⁴ En ce sens, un auteur écrit que « deux choses dissemblables peuvent être fongibles, car la nature des choses n'a pas partie liée avec la notion » : W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n°50-1, p. 97. En ce sens, « la fongibilité est avant tout une perception – plus ou moins facilitée – des rapports entre les biens : elle est intellectuelle » : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°152, p. 240.

²⁴⁵ C'est le cas par exemple dans le gage de choses fongibles : art. 2341, al. 2, C. Civ. v. néanmoins S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001, n°192 et s., p. 127 et s. L'auteur considère que la revendication de choses consommables et fongibles ne devrait être possible que dans l'hypothèse où le détenteur de la chose ne s'est pas vu octroyer un droit d'usage. En effet, l'usage des choses consommables étant subordonné à l'existence d'un droit de disposer matériellement ou juridiquement de la chose, il est impossible de conserver la propriété d'une chose ainsi remise à autrui.

²⁴⁶ Ce n'est d'ailleurs que dans cet objectif que les travaux préparatoires au Code civil envisagent la fongibilité : « quoique les choses fongibles qui se consomment par l'usage qu'on en fait paraissent au premier aspect ne

fongibilité est admise pour la revendication de choses de genre grevées d'une réserve de propriété²⁴⁷. Dans cette situation, le vendeur est légitime, en cas de non-paiement du prix par l'acquéreur, à revendiquer la chose dont il s'est réservé la propriété. Mais celle-ci ne pouvant être identifiée en raison de son appartenance à un genre plus large, il convient d'en établir l'équivalence avec une autre. La fongibilité permet alors de rendre possible le retour du bien dans les mains du vendeur. Or, par la restitution matérielle de la chose, c'est l'obligation de paiement du prix qui s'éteint. Une fois encore, la fongibilité est mise au service de l'extinction d'une obligation. Cette analyse de la fongibilité vaut d'autant plus lorsque deux choses sont conventionnellement rendues équivalentes, hypothèse que certains auteurs désignent comme une *fongibilité subjective*²⁴⁸. Celle-ci est mise en œuvre dans les cas de la dation en paiement²⁴⁹ ou de l'exécution par équivalent. Or, dans ces deux situations, le recours à la notion de fongibilité ne sert que l'extinction des obligations²⁵⁰. Elles ont, pour-t-on dire, le même pouvoir libératoire²⁵¹. Il semble finalement que la fongibilité puisse être définie comme un rapport d'équivalence entre deux choses, établi grâce à la nature des choses ou par une convention, nécessaire à l'extinction d'une obligation.

66. Fongibilité et théorie du patrimoine. – AUBRY et RAU, dès le commencement, ont envisagé tous les éléments du patrimoine comme étant fongibles les uns par rapport aux

pouvoir être l'objet de l'usufruit, puisque dans la réalité on ne peut en jouir sans en détruire la substance, cependant on les reconnaît comme susceptibles de ce droit, à la charge de les rendre en même quantité, qualité et valeur » : par. P.A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, éd. Videcoq 1836, t. XI, §587, p. 220.

²⁴⁷ Article 2369 du Code civil. V. à ce sujet, FR. DANOS, « Revendication de biens fongibles et répartition proportionnelle », note sous Com, 29 nov. 2016, n°15-12350, *RDC* 2017, n°114, p. 333.

²⁴⁸ Très discutée, la fongibilité subjective ne fait pas l'unanimité en ce qu'elle étendrait la notion de fongibilité au-delà de ses frontières : en ce sens, A. LAUDE, « La fongibilité », *RTD Com.* 1995, p. 307 et s., spéc. n°27, p. 321 ; P.G. MARLY, th. préc., n°88, p. 97 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°354, p. 332 ; D. HIEZ, th. préc., n°449, p. 299 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ 1992, n°134-135, p. 107-108 ; M.C. AUBRY, *op. cit.* ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I, 2016, n°49, p. 53.

Néanmoins, il convient ici de voir que ces auteurs limitent précisément la fongibilité en y voyant une qualité du bien plutôt qu'un rapport entre deux biens (*cf. infra* : n°68).

²⁴⁹ Article 1342-4, al. 2 du Code civil.

²⁵⁰ A partir de l'ancien article 1291 du Code civil, les auteurs rapprochent la notion de fongibilité à celle de compensation. La première n'aurait de sens et d'utilité qu'en tant que mode d'extinction de l'obligation. C'est son effet libératoire qui en constitue l'essence. Rien n'empêche alors que, par l'effet de la volonté des parties du lien d'obligations, telle chose devienne fongible avec telle autre. En ce sens, P.G. MARLY, *Fongibilité et volontés individuelles*, LGDJ 2008, spéc. p. 269 et s. quoique l'auteur rejette la place de la fongibilité (telle qu'il la définit) dans la compensation pour donner plus d'importance à la volonté individuelle mais ce n'est ici uniquement parce que l'auteur rejette la conception subjective de la fongibilité. Il fait cependant revenir cette subjectivité à travers le pouvoir des volontés dans la compensation ; P. JAUBERT, « Deux notions de droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité. », *RTD Civ.* 1945, p. 75 et s. spéc. p. 96 et s. ; H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, th. Paris, 1940 ; A. LAUDE, art. préc., n°17, p. 315 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey 1932, n°1326, p. 690 ; M.C. de LAMBERTYEAUTRAND, « Les biens », *JCI Civ.*, fasc. art. 516, n°59.

²⁵¹ P. JAUBERT, art. préc., p. 87 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010, n°257, p. 202.

autres²⁵². Les pères de la notion passent ici par le jeu des valeurs pour considérer le rapport entre les éléments du patrimoine. En effet, si tous les biens (patrimoniaux²⁵³) sont susceptibles d'évaluation, ils partagent alors tous un caractère commun ; partant, un bien valant tant est nécessairement fongible avec un autre bien de même valeur quand bien même les deux n'auraient pas la même nature ni le même régime²⁵⁴. Ce ne serait donc pas tant les biens en eux-mêmes qui seraient fongibles entre eux mais leurs valeurs²⁵⁵. Ainsi présentée, la fongibilité serait une notion de droit des biens qui sert le droit des obligations. En d'autres termes, la fongibilité est, selon les auteurs de la théorie du patrimoine, un moyen de justifier le caractère général du droit des créanciers. Une gêne apparaît néanmoins dans cette lecture de la fongibilité : ne s'agit-il pas là d'une instrumentalisation de la notion pour légitimer l'existence du patrimoine ? Répondre à cette interrogation suppose de s'intéresser à deux conceptions, objective et subjective, de la fongibilité.

67. La fongibilité au service des obligations. – L'appartenance de deux choses à un même genre repose sur une identité de nature²⁵⁶. Il serait autrement aisé de considérer tous les biens comme appartenant à un même genre, vidant la catégorie de tout son sens²⁵⁷, car tout bien a un prix et peut donc être substitué à une somme d'argent²⁵⁸. L'erreur de cette analyse réside dans le fait de voir dans la fongibilité, une notion conceptuelle quand elle est en réalité fonctionnelle : la fongibilité ne semble pas exister indépendamment d'un but et, plus précisément, d'une obligation qu'elle sert à éteindre. Elle permet alors de mettre une des utilités, commune aux deux biens considérés, au service d'une obligation. C'est d'ailleurs sur ce point que la théorie objective de la fongibilité pêche : elle tend à considérer la fongibilité

²⁵² C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, §575, p. 235 : les éléments d'actif du patrimoine se ramènent « tous, en qualité de biens, à l'idée commune d'une valeur pécuniaire. », ils sont donc « susceptibles de se remplacer les uns par les autres ».

²⁵³ Cf. *supra* : n°117 et s..

²⁵⁴ Ils représentent donc tous des valeurs en principe saisissables et sont, en tant que telles, interchangeables : en ce sens, A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc., n°100 et s., p. 47 et s. ; l'auteur poursuit son analyse en précisant que cette fongibilité n'est possible que tant que le patrimoine reste unique (v. n°311, p. 146-147).

²⁵⁵ En ce sens, C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, I, §172 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine, Essai critique*, Defrénois, 2008, n°100, p. 47 ; M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004, p. 242 : « C'est la réunion des biens en gage commun des créanciers qui les fait appréhender par leur valeur pécuniaire, et par conséquent les rend fongibles. ».

²⁵⁶ Le genre est la prise en considération d'une catégorie d'objets plutôt que d'un objet spécifique dans un rapport d'obligation. C'est donc une abstraction, un ensemble d'objets potentiellement équivalents. En ce sens, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°102, p. 165-166.

²⁵⁷ En ce sens, P.G. MARLY, th. préc. spéc. n°91 et s., p. 103 et s. ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°449 et s., p. 299 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°354, p. 332 ; M.C. AUBRY, th. préc., n°254 et s., p. 199 et s.

²⁵⁸ A ce propos, v. R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ 1992, spéc. n°134 et s., p. 107 et s.

comme une notion dépendant exclusivement du droit des biens. Partant, les auteurs qui la défendent l'assimilent à une qualité du bien plutôt qu'à un rapport entre deux biens²⁵⁹. En d'autres termes, ils voient de la constance là où il n'y a que de l'opportunité. Nous l'avons vu, une chose n'est jamais fongible en elle-même, elle ne l'est qu'à l'égard d'une autre et en vue d'une opération spécifique. Dans cette perspective, l'accent est mis sur le caractère libératoire de la fongibilité²⁶⁰. Or si celle-ci n'est qu'un rapport d'équivalence en vue de l'extinction d'une obligation²⁶¹, rien n'empêche théoriquement de ranger les exécutions par équivalence sous la bannière de la fongibilité²⁶². Autrement dit, la fongibilité subjective ne dénature par la notion même de fongibilité, elle donne simplement lieu à une nouvelle distinction entre fongibilités, en nature et en valeur.

68. Fongibilité et patrimoine. – Cette nouvelle définition de la fongibilité a-t-elle une place dans le patrimoine ? Il serait tentant de répondre ici par la négative dans la mesure où si elle ne sert qu'à l'extinction d'obligations spécifiques, elle ne devrait pas, contrairement à ce que proposaient AUBRY et RAU, avoir vocation à justifier le caractère général du droit de poursuite des créanciers. Pourtant, c'est précisément parce qu'elle doit être envisagée sous l'angle de sa fonction libératoire que la fongibilité a sa place dans le fonctionnement du patrimoine. Elle se présente alors comme une technique, un instrument juridique, au service de l'universalité. Présentée comme le lien, établi entre deux biens, en vue de l'extinction d'une obligation, la fongibilité est au fondement de toutes les situations de désintéressement du créancier par équivalent. C'est par elle que les biens patrimoniaux peuvent n'être

²⁵⁹ Parce qu'elle ne relève pas de la nature des choses (*cf. supra* : n°65), la fongibilité ne peut être (entièrement) objective, elle ne peut exister par elle-même, elle doit nécessairement être causée par une volonté : celle du législateur, celle du juge ou celle des parties (en ce sens, Cass, Req., 30 mars 1926, *DH* 1926, 217, *Gaz. Pal.* 1926, II, p. 51 : « les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties »).

²⁶⁰ Il semblerait possible d'affirmer que ce sont les auteurs qui ont suivi les travaux d'AUBRY et RAU qui ont mal interprété leur théorie. En effet, les auteurs de la théorie du patrimoine écrivaient dans la partie relative aux biens que la fongibilité ne repose pas sur « un caractère absolu résultant des propriétés naturelles et constitutives des choses, mais sur une qualité accidentelle et relative, qu'elles revêtent seulement en tant qu'on les envisage comme formant l'objet d'une obligation de restitution » : CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. II, §166, p. 32.

²⁶¹ CARBONNIER dénonçait ainsi « le sentiment d'étouffement de l'homme par les choses, qu'accroissait le vertige d'une société de consommation. Le droit contribue à l'impression par sa catégorie des choses fongibles : « qui peuvent se remplacer indifféremment dans l'exécution des obligations ». » : J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ-Lextenso 2014, p. 364 (nous soulignons).

²⁶² Il serait tentant de considérer ici qu'il n'y a pas fongibilité car les deux objets, rendus équivalents par la volonté des parties, ne partagent rien en commun (ni leur nature, ni leurs qualités, ni parfois leur valeur). Cet argument ne peut pourtant tenir car il aboutit, une fois de plus, dans une analyse de la fongibilité comme une qualité des biens et non comme le rapport construit entre eux.

Il existerait ici deux types de fongibilité, celle qui relève de la nature des choses et qui s'impose par les faits et celle qui est construite par les parties. Quoiqu'il en soit, les deux partagent des similitudes et permettent par conséquent de parvenir au même résultat : l'extinction d'une dette.

appréhendés que sous l'angle de leur valeur²⁶³. La corrélation entre certains biens et certaines obligations contenus dans le patrimoine est donc rendue possible par cette fongibilité. Elle ne permet certes pas d'expliquer tous les mouvements entre actif et passif, elle constitue néanmoins un des moyens de parvenir à une telle corrélation. Autrement dit, si, au sein de l'universalité, les biens sont affectés à la garantie des obligations, la fongibilité est un des moyens qui permet de mettre en œuvre l'affectation. Elle permet, *in fine*, de rendre équivalent l'objet de telle obligation d'un côté et le bien que le créancier saisira pour se désintéresser de l'autre²⁶⁴. L'utilisation de la fongibilité dans le patrimoine est donc parfaitement légitime et en accord avec sa fonction. Il est néanmoins des cas où des biens du patrimoine sortent de l'ensemble sans qu'un créancier n'intervienne et sans, pourtant, que les droits de celui-ci s'amenuisent. Autrement dit, il est des fois où la sortie d'un bien, remplacé par un autre bien, ne sert pas l'extinction d'une obligation. Il faut alors faire appel à une autre notion du droit des biens : la subrogation réelle.

2. *Le maintien de la destination par la subrogation réelle*

69. La subrogation réelle, solution en faveur de la circulation des biens. – Traditionnellement définie comme « la fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités²⁶⁵ », la subrogation réelle est aujourd'hui plus volontiers définie comme « une technique permettant la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte (directement ou indirectement) au moyen du report de ce droit sur un nouveau bien²⁶⁶ ». Il y a, dans cette nouvelle définition de la subrogation, l'idée de conservation d'un droit portant sur un bien. Des études ont alors proposé de voir que ce droit, conservé ou sauvegardé par la subrogation, s'analyse en une affectation du bien à une fin particulière²⁶⁷ : le droit du créancier sur un bien

²⁶³ Dans le même sens : C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°59, p. 49 ; R. GARY, *Les notions d'universalités de fait et de droit*, Bordeaux 1931, p. 305 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc., n°113 et s., p. 52 et s.

²⁶⁴ Dans le sens d'une fongibilité subjective ou *ad valorem* : C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. I, Paris 1861, n°46, p. 27 ; P. JAUBERT, art. préc. ; M. MALAURIE, *Les restitutions en valeur*, th. Cujas 1991, p. 87 ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, PUF 2004, n°720, p. 1616 ; G. CORNU, *op. cit.* ; Y. KALIEU, « De la fongibilité des immeubles », *LPA* 2001, n°207, p. 5.

²⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, V° Subrogation réelle.

²⁶⁶ E. SAVAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Subrogation réelle ; même sens : V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ 1985 ; R. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. Crit. Législ. Et jurispr.* 1901, p. 237 et s., spéc. p. 303 ; M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, th. Sirey 1954.

²⁶⁷ P. VOIRIN, in CH. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. 4, *Les biens*, 2e éd., 1938, n°42 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* ; E. SAVAUX, *op. cit.*, v. spéc. n°6 ; FR. ZÉNATI & TH. REVÊT, *Les biens*, PUF 2008, n°156, p. 243-244. ; L. AYNÈS & P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ-Lextenso 2016, n°403,

de son débiteur peut en effet correspondre à une affectation dudit bien au désintéressement du créancier. Le droit de l'usufruitier sur la chose du nu-proprétaire est encore une affectation du bien à la libre jouissance du premier. Toutes les hypothèses de droit sur la chose d'autrui peuvent alors se réduire à une affectation²⁶⁸.

70. L'affectation : obstacle à la circulation des biens. – Nous avons vu que l'affectation est un choix dans l'utilisation du bien ; c'est donc à la fois l'exercice d'une prérogative du propriétaire mais aussi une restriction de ses pouvoirs. Parce qu'en droit des biens, une utilité permanente est exclusive de toute autre utilité et que l'affectation est précisément une utilisation du bien qui s'inscrit dans la durée, l'affectation emporte une restriction quant à la jouissance, voire à la disposition du bien affecté²⁶⁹. Le logement de la famille par exemple est un bien immobilier affecté à l'intérêt de la famille. C'est pourquoi les pouvoirs du propriétaire sur ce bien spécifique se trouvent particulièrement réduits²⁷⁰. Les auteurs qui se sont intéressés à la notion ont en effet constaté les difficultés soulevées par l'affectation dans l'usage des biens²⁷¹. Toutes les hypothèses de destination entraînent inévitablement des restrictions liées à la nécessaire conformité de l'usage avec la destination. Cette idée de conformité repose sur l'opposabilité de la destination aux tiers. L'hypothèque qui porte sur un immeuble porte également sur les meubles qui lui sont affectés, lesquels sont, par conséquent, qualifiés par la loi d'immeubles par destination. Or cette modification du régime des meubles, justifiée par une affectation choisie par le propriétaire, profite ici à son créancier qui voit sa sûreté étendue, matériellement, à d'autres biens. Ce bénéfice repose sur l'opposabilité de l'affectation aux tiers alors qu'elle ne résulte que de la volonté du propriétaire²⁷². Pourtant, ce dernier ne peut plus désaffecter les meubles sous peine de porter atteinte aux droits de son créancier hypothécaire²⁷³. L'affectation aboutit donc bien à une

p. 215 ; A. CERBAN, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1939, p. 47 et s., spéc. p. 50.

²⁶⁸ C'est en tout cas, ce que cherchait à défendre Guinchard dans sa thèse : S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°104, p. 94.

²⁶⁹ Cf. *supra* (n°56 et s.).

²⁷⁰ L'article 215 du Code civil porte ainsi une atteinte au droit de propriété, justifiée par l'affectation de l'immeuble à l'intérêt familial (déjà cité). Dans le sens d'une affectation dans la protection du logement de la famille, v. M. GRIMALDI, « Le logement de la famille », *Deffrénois* 1983, I, p. 1025 et s., spéc. n°5, p. 1028 ; C. WATINE-DROUIN, « Le statut du logement familial », in *Mélanges Ph. SIMLER*, Dalloz-LexisNexis 2006, p. 253 ; A. TISSERAND-MARTIN, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples », in *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Dalloz 2009, p. 830.

²⁷¹ Un auteur écrit ainsi que l'affectation modifie « la nature des prérogatives dont la personne est investie relativement aux biens qui en sont l'objet » : G. WICKER, th. préc., n°196, p. 189 : dans le même sens, S. GUINCHARD, th. préc. ; Fr. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s.

²⁷² Sous réserve du jeu de l'article 2276 du Code civil.

²⁷³ Req. 2 août 1886, DP 1887, 1, 293.

restriction des pouvoirs du propriétaire sur sa chose. Et parce qu'elle viendrait limiter la circulation des richesses et, plus largement, l'économie, l'affectation semble toujours liée à la subrogation. Ainsi parce que l'affectation empêche l'aliénation du bien affecté, la subrogation permet de palier à ce blocage tout en préservant le droit que les tiers ont acquis sur ledit bien²⁷⁴. La subrogation réelle permet alors de concilier le droit de disposer et l'affectation qui semblent naturellement incompatibles. En d'autres termes, elle permet le véritable exercice de toutes les prérogatives du propriétaire : celle d'user de la chose et donc de la destiner à un usage spécifique, mais aussi celle d'en disposer. En ce sens, l'article 1352-2 du Code civil prévoit-il le report du droit de propriété sur les sommes issues de la vente de sa chose par autrui²⁷⁵. Un auteur propose alors de distinguer l'affectation d'une valeur et l'affectation d'une utilité matérielle²⁷⁶. Dans le premier cas, la subrogation réelle est possible toutes les fois où la disparition du bien affecté emporte sa substitution avec une somme d'argent ou un autre bien d'une même valeur. Dans le second, le remplacement n'est possible que si le bien nouveau offre la même utilité que le bien remplacé²⁷⁷. Le premier cas renvoie en réalité à toutes les sûretés réelles : en effet, celles-ci sont précisément l'affectation d'un bien en garantie d'une obligation. Or l'aliénation ou la destruction du bien permet de reporter la sûreté sur le bien qui le remplace²⁷⁸.

71. Une confusion entre fongibilité et subrogation réelle ? – De nombreux auteurs confondent la subrogation réelle et la fongibilité. Ils y voient alors un rapport d'exclusivité, l'une étant nécessairement inutile en présence de l'autre²⁷⁹. Cette confusion soulève nécessairement la question de la coexistence de ces mécanismes juridiques au sein du patrimoine. Il est traditionnellement enseigné que le patrimoine est caractérisé par l'existence d'une fongibilité entre ses éléments actifs et par la subrogation réelle des biens qui le

²⁷⁴ C'est d'ailleurs le droit des tiers que la subrogation vise à préserver : en ce sens, J. CARBONNIER, *ibid.* ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°157, p. 246 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les Biens*, Précis Dalloz 2010, n°489, p. 384 ; E. SAVAUX, *Répert. Préc.*, n°1 ; C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°172 et s.

²⁷⁵ L'article relatif aux restitutions dispose en effet que celui qui, ayant reçu une chose de bonne foi, l'a par la suite vendue, n'est tenu que de restituer le prix de la vente. Le législateur fait ici jouer la subrogation réelle pour ne pas bloquer l'économie en faisant revenir le bien en nature dans le patrimoine de son véritable propriétaire. L'équilibre recherché est alors rendu possible par le mécanisme de la subrogation.

²⁷⁶ E. SAVAUX, *Répert. Préc.*, n°19.

²⁷⁷ En ce sens, G. WICKER, *th. préc.*, n°398 et s., p. 364 et s.

²⁷⁸ L. AYNÈS & P. CROCQ, *op. cit.* ; G. WICKER, *th. préc.*, n°390 et s., p. 356 et s.

²⁷⁹ H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1919, p. 391 ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°577, p. 423 ; D. HIEZ, *th. préc.*, n°460, p. ? ; E. MEILLER, « L'universalité de fait », *D.* 2012, p. 47 et s. ; M. LAURIOL, *op. cit.* ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine affecté*, *th. Paris XIII*, 2010, n°252, p. 198 ; A. CERBAN, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1939, p. 52 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, LGDJ 1952, par M. PICARD, n°28, p. 32 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n°423-2, p. 782.

composent. En ce sens, les deux notions doivent en principe jouer un rôle dans le fonctionnement du patrimoine. Nombreux sont pourtant ceux qui considèrent que ces deux mécanismes feraient double emploi au sein de l'ensemble universel. Plusieurs auteurs ont ainsi proposé des critères pour dissocier les deux notions. Ainsi le Professeur DANOS suggère-t-il que si les deux mécanismes renvoient à une idée d'équivalence, il faut partir de sa source pour les distinguer ; il écrit donc qu'« à l'instar de la subrogation réelle, la fongibilité est un mécanisme de substitution d'une chose à une autre en tant qu'objet d'un droit : mais, dans la fongibilité, la substituabilité et le remplacement du bien par un autre résultent d'une qualité intrinsèque du bien lui-même (la parfaite identité du bien substitué avec celui qu'il vient remplacer comme objet d'un droit), tandis que la subrogation réelle est un mécanisme extérieur de substitution, tel que la loi, la convention ou l'existence d'une universalité, de sorte que le bien substitué n'a pas à être identique à celui qu'il remplace comme objet d'un droit²⁸⁰ ». Ici encore, le critère choisi suscite la discussion. Comme vue précédemment, la fongibilité ne peut être présentée comme un caractère de la chose, elle ne peut en être une qualité intrinsèque puisque cela revient, d'une part, à rejeter toute existence d'une fongibilité conventionnelle – ou du moins à confondre la fongibilité conventionnelle avec la subrogation réelle, ce qui ne règle pas le problème de la confusion mais le déplace simplement – et, d'autre part, la fongibilité n'est pas une question de nature mais bien une question de circonstances.

72. La distinction entre fongibilité et subrogation réelle ? – La fongibilité, définie comme un rapport entre deux biens rendus équivalents par leur nature ou par une volonté, se distingue de la subrogation en ce que cette dernière ne vise pas l'extinction d'une obligation mais le maintien d'un droit menacé par la disparition ou l'aliénation de la chose sur lequel il portait²⁸¹. Si les deux notions font appel à l'idée d'équivalence, elles n'ont en revanche pas la même finalité. Leur distinction se situe alors dans le rôle qui leur est respectivement attribué, ce qui permet de comprendre pourquoi ceux qui retiennent une acception conceptuelle de la fongibilité²⁸², la rendent incompatible avec la subrogation réelle. Cette dernière, en tant que mécanisme de remplacement, ne semble pas pouvoir être fondée sur une équivalence objective reposant sur les qualités des biens mis en relation²⁸³. Partant, si la fongibilité devait être une de ces qualités, il ne devrait jamais y avoir de subrogation réelle

²⁸⁰ FR. DANOS, « Revendication de biens fongibles et répartition proportionnelle », note sous Com. 29 nov. 2016, n°15-12350, *RDC* 2017, n°114, p. 333.

²⁸¹ V. notamm. G. WICKER, th. préc., n°381 et s., p. 351 et s.

²⁸² Par opposition à une acception fonctionnelle : cf. *supra* (n°65).

²⁸³ En ce sens, E. SAVAUX, *op. cit.* : « le recours à la subrogation réelle est inutile chaque fois que le remplacement d'un bien par un autre s'explique par la fongibilité naturelle des éléments ».

pour les biens naturellement fongibles. Néanmoins, nous avons vu que deux choses de genre, partageant donc la même nature, pouvaient ne pas être fongibles²⁸⁴. Sur ce constat, il convient donc de retenir une définition fonctionnelle de la fongibilité, et celle-ci n'a donc plus lieu d'être confondue avec la subrogation réelle. Les deux notions peuvent alors coexister au sein du patrimoine. Mais le doivent-elles ?

73. La subrogation réelle, technique nécessaire à l'universalité. – L'adage latin « *In iudiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii*²⁸⁵ » a permis, dès son origine, de rattacher la subrogation réelle à la notion d'universalité. Pour beaucoup, elle ne serait d'ailleurs possible que dans ces cas²⁸⁶. Le rapprochement de ces deux notions semble alors légitime²⁸⁷. En effet, nous avons vu que le patrimoine en tant qu'universalité de droit, est une masse de biens et d'obligations construite abstraitement autour d'une double destination de l'actif au passif²⁸⁸. Or si l'affectation est de l'essence de l'universalité et que la subrogation est une notion au service de son maintien, le mécanisme se retrouve donc nécessairement dans l'ensemble. En d'autres termes, la subrogation participe du fonctionnement de toute universalité en ce que, sans elle, l'ensemble serait figé et son contenu, en tant qu'objet affecté, ne pourrait varier. Or l'universalité est une notion dynamique, une abstraction libérée des contingences spatiales et temporelles²⁸⁹. Pour permettre l'abstraction, la subrogation réelle est donc techniquement nécessaire. Cette analyse est pourtant critiquée.

74. Subrogation réelle et patrimoine. – Dans la critique de l'utilisation de la notion de subrogation réelle dans le patrimoine, deux arguments reviennent fréquemment²⁹⁰. Le premier consiste à dire que la subrogation réelle est inutile si l'on admet la fongibilité des éléments actifs du patrimoine. Cet argument tombe en admettant la distinction des deux

²⁸⁴ Cf. *supra* (n°64).

²⁸⁵ « Dans les universalités, le prix succède à la chose et la chose au prix ».

²⁸⁶ Le rattachement systématique des notions de subrogation réelle et d'universalité trouve ses origines dans le droit médiéval : v. FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°157, b), p. 244-245.

Pour de nombreux auteurs, plus récents, la subrogation a lieu de s'appliquer en dehors des universalités : v. notamm. F. CHAPUISAT, « Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1973, p. 643 ; V. RANOUIL, th. préc.

²⁸⁷ D'autant qu'elle demeure appliquée par la jurisprudence : Civ. 1^e, 7 juin 2006, Bull. Civ. I, n°300, n°04-10616.

²⁸⁸ Cf. *supra* (n°60 et s.).

²⁸⁹ Cf. *supra* (n°46 et s.).

²⁹⁰ Parmi les auteurs de cette critique : R. DEMOGUE, art. préc. ; H. CAPITANT, art. préc. ; A. CERBAN, art. préc. ; D. HIEZ, th. préc., n°447 et s., p. 298 et s. ; M.C. Aubry, th. préc., n°252 et s., p. 198 et s. ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998 ; CL. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *Economica* 1981, n°25.

notions qui ne jouent pas le même rôle dans l'universalité. Le second argument revient à considérer que la subrogation réelle permet d'expliquer l'entrée de certains biens – acquisition dérivée – dans le patrimoine mais pas de tous les biens – acquisition originaire. L'erreur de cette analyse repose sur le rôle que joue la subrogation dans l'universalité. Parce que les biens patrimoniaux sont tous affectés à la garantie des dettes, la subrogation réelle permet de maintenir une telle affectation là où le bien disparaît de l'ensemble c'est-à-dire toutes les fois qu'un bien sort de l'ensemble au profit d'un nouveau. Il apparaît certes que cette technique ne permet pas d'expliquer l'entrée de biens nouveaux, qui ne viennent remplacer aucun bien sortant. Mais ici, la subrogation permet simplement d'expliquer pourquoi le propriétaire peut, malgré l'affectation, disposer de ses biens²⁹¹. Autrement dit, elle ne justifie pas l'entrée des biens, opération qui relève de l'affectation²⁹², elle permet d'en justifier la sortie²⁹³. C'est parce que la subrogation réelle est un mécanisme au service de la préservation de l'affectation, que le propriétaire n'est pas limité par cette dernière.

75. L'égalité nécessaire de la fongibilité et de la subrogation réelle. – L'affectation interne est techniquement mise en œuvre à travers deux mécanismes : la fongibilité et la subrogation réelle. La première établit un lien entre les biens patrimoniaux pour les rendre équivalents dans le but d'éteindre une dette. Elle représente alors la justification du lien entre tous les biens, de façon indifférenciée, et toutes les dettes. La subrogation réelle, quant à elle, rend possible la fluctuation du patrimoine. Envisagée sous l'angle de sa fonction, sa différence avec la fongibilité apparaît plus clairement : la subrogation tend à conserver l'affectation des biens patrimoniaux aux dettes, quand la fongibilité vise à la mettre en œuvre, en permettant à tel bien patrimonial d'éteindre telle dette. La corrélation établie au sein de

²⁹¹ Alors que, nous l'avons vu, l'affectation est un obstacle au droit de disposer : cf. *supra* (n°59).

²⁹² En ce sens, un auteur écrit que dans le patrimoine, « si les biens nouveaux sont soumis au droit des créanciers, ce n'est pas comme biens subrogés, mais comme biens à venir » : R. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle », *Revue critique*, 1901, p. 360 et s. Dans le même sens, une autre ajoute récemment que « tous les biens répondant aux critères d'inclusion [correspondant dans notre analyse à une saisissabilité absolue : cf. *infra* (n°126 ; v. aussi n°334 et s.)] ont vocation à intégrer le patrimoine, qu'ils viennent en remplacement d'un bien préexistant ou non » : N. JULLIAN, th. préc., n°49, p. 54 ; dans le même sens, M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges G. GOUBEUX*, LGDJ Dalloz 2009, p. 509 et s. En d'autres termes, l'entrée des biens dans le patrimoine ne résulte que d'une destination légale des biens saisissables à la garantie de toutes les dettes du propriétaire. Cette affectation légale trouve encore une fois sa source dans les articles 2284 et 2285 du Code civil

²⁹³ Un auteur écrit d'ailleurs que la subrogation réelle « ne fait que remédier aux conséquences de la disposition d'un élément de l'universalité : elle constitue une technique de conservation et de perpétuation de l'universalité. » : FR. ZÉNATI, « Propriété et droits réels – Universalités », *RTD Civ.* 1999, p. 422 et s., spéc. p. 425, note sous Civ. 1^{er}, 12 nov. 1998, *D.* 1999, p. 167 ; *JCP E* 1999, II, p. 426.

l'ensemble repose donc sur ces deux mécanismes, l'un pour son application, l'autre pour sa pérennisation.

76. Conclusion : proposition d'une définition du patrimoine. – Masse de biens et de dettes caractérisée par une double affectation, le patrimoine est la projection de la personne dans le domaine juridique des biens. Relevant ainsi du réel, le patrimoine demeure rattaché à la personne par l'affectation à son intérêt, général et indifférencié²⁹⁴. Ce n'est qu'au moyen de cette affectation que la masse peut remplir sa fonction. Le patrimoine est caractérisé alors par l'existence d'une corrélation entre l'actif et le passif. Or celle-ci s'analyse en une affectation du premier au second. Le lien ainsi établi entre les biens patrimoniaux et les dettes fait apparaître une destination interne des éléments du patrimoine. Ce dernier est, cette fois en tant qu'ensemble, affecté à l'intérêt général et indifférencié de la personne. Le recours à l'affectation légitime le rattachement de l'ensemble à la personne juridique, tout en évitant une confusion avec elle. Une seconde affectation, cette fois externe, permet donc de fonder le rassemblement d'éléments divers en un tout abstrait. Partant, la structure entière du patrimoine repose sur une double affectation²⁹⁵.

II. La corrélation entre actif et passif en dehors du patrimoine

77. Patrimoine et universalité de droit, quelle différence ? – S'inspirant de la structure du patrimoine, les autres masses de biens et de dettes autonomes du droit positif se construisent autour d'une double affectation similaire à celle du patrimoine. La distinction entre celui-ci et les autres ensembles universels semble alors reposer sur la destination externe des masses : si le patrimoine est fédéré autour de l'intérêt général et indifférencié d'une personne, les autres universalités de droit sont en revanche, nous le verrons²⁹⁶, fédérées par un intérêt spécifique et identifié qui se détache, conceptuellement, du sujet de droit. Se pose alors la question du patrimoine d'affectation et de sa signification. La définition du patrimoine et l'analyse de sa structure a permis de dévoiler son rôle dans le système juridique. Présenté comme une masse de biens et de dettes corrélés, le patrimoine semble avoir inspiré d'autres ensembles qui correspondent à la même description. Masses de biens autonomes, ces ensembles sont construits autour d'une même corrélation entre la propriété d'un côté et

²⁹⁴ Expression empruntée du Professeur WICKER et que nous expliquerons plus loin mais qui s'oppose à l'existence d'intérêts spécifiques : cf. *infra* (n°171 et s.)

²⁹⁵ Dans le même sens déjà, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°18-19, p. 18-19.

²⁹⁶ Cf. *infra* (n°165 et s.).

les obligations de l'autre. L'identification de ces masses, par les traits qu'elles partagent avec le patrimoine, soulève la question de leur nature : s'agit-il de nouveaux patrimoines ? Autrement dit, il convient de s'interroger sur l'équivalence entre ces ensembles que l'on peut qualifier d'universalité de droit et le patrimoine.

78. Recherche d'une relation entre patrimoine et universalité. – Partir des similitudes et des différences qui existent entre les deux notions permet de s'intéresser aux relations qu'elles entretiennent l'une avec l'autre. Le patrimoine est donc une espèce d'universalité de droit, celle-ci se présentant comme un genre, une catégorie plus large aux applications multiples. La confrontation des différentes universalités identifiées face au patrimoine montrera ainsi qu'il ne peut exister qu'un patrimoine. Les différentes masses de biens et de dettes autonomes ne permettent en effet qu'un aménagement d'un droit de gage général préexistant. L'universalité de droit est donc un moyen de déroger au fonctionnement du patrimoine.

79. L'identification à partir des critères du patrimoine. – S'il est de l'essence du patrimoine de faire apparaître une corrélation exclusive entre actif et passif dans un ensemble de biens et donc de dettes et que le patrimoine est une universalité de droit, alors toutes les fois qu'il existe une telle corrélation entre des biens et des dettes, il existe *a maxima* un patrimoine et *a minima*, une universalité de droit. En effet, il faut noter que « la fonction de l'universalité de droit est (...) justifiée par une affectation de l'actif au règlement du passif²⁹⁷ ». Ainsi, il faut voir que cette corrélation qui correspond à une affectation, n'est pas l'apanage du patrimoine mais plutôt le caractère que partagent toutes les universalités juridiques. Nous verrons que parce qu'elles ont toutes une fonction de responsabilisation, la substance de ces masses se construit autour de cette fonction. Force est alors de voir que ce critère de définition de l'universalité de droit permet d'en déceler des applications, en droit français, qui dépassent le seul patrimoine²⁹⁸. La loi ou la doctrine identifient parfois ces masses en les qualifiant de patrimoine (A) et, parfois, d'universalités de droit si l'on admet qu'il puisse y avoir une distinction entre les deux²⁹⁹ (B). La pluralité de ces ensembles en

²⁹⁷ A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, éd. Vareilles 2008, n°169, p. 118 ; dans le même sens, C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire*, op. cit., n°245, p. 184 ; B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Deffrénois* 2009, art. 28906, p. 516.

²⁹⁸ De nombreux auteurs l'écrivent sans pour autant en tirer les conséquences sur les rapports qui unissent ces masses de biens et de dettes et le patrimoine. En ce sens, v. par exemple FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2018, n°20, p. 27 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ-Lextenso 2010, n°7, p. 5 et s.

²⁹⁹ Cf. *infra* (n°165 et s.)

droit positif atteste d'une application étendue et diversifiée de la notion, de sorte que d'autres utilisations de l'universalité juridique pourraient être envisagées en droit prospectif (C).

A. Les universalités juridiques qualifiées de patrimoine

80. Les patrimoines d'affectation : fiducie et EIRL. – Affirmer que les patrimoines d'affectation sont des patrimoines ne suffit pas. La remise en cause par la doctrine de ces nouvelles universalités en est d'ailleurs la preuve³⁰⁰. Sont reconnus comme patrimoine d'affectation par le législateur, le patrimoine professionnel de l'EIRL et le patrimoine fiduciaire. Pour l'un comme pour l'autre, les textes traitent expressément de « patrimoines », l'emploi du pluriel ayant ici une grande importance. Pour la fiducie notamment, des auteurs ont prétendu qu'il ne s'agissait pas d'un patrimoine, d'une universalité de droit, simplement parce que la séparation n'est pas complète ou hermétique³⁰¹. Or c'est précisément sur ce point que l'argument ne devrait pas être diriment. L'autonomie patrimoniale n'est pas totalement absente de la fiducie à la française. Celle-ci met bel et bien en place une corrélation entre un actif et un passif, corrélation qui plus est exclusive et bilatérale. L'article 2025 du Code civil prévoit en effet un principe d'étanchéité des patrimoines : les créanciers personnels du constituant comme du fiduciaire n'ont pas accès aux biens placés en fiducie. Inversement, les créanciers de la fiducie n'ont en principe pour gage commun que le seul patrimoine fiduciaire. Si le même article prévoit immédiatement l'exception à ce principe, celle-ci demeure limitée à la seule hypothèse d'une insuffisance du patrimoine fiduciaire. C'est donc

³⁰⁰ Ainsi certains auteurs considèrent-ils le patrimoine d'affectation plutôt comme une nouvelle personne juridique, ce qui permettrait donc de dire qu'il n'existe bien qu'une seule et unique application du patrimoine. V. en ce sens, E. DUBUISSON, « La non-adoption de la propersonnalité », *Dr. & Patrim.* 2010, 191 ; « Patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'EIRL », *D.* 2013, p. 792 et s. D'autres regrettent son manque d'autonomie par rapport aux sociétés : N. MOLFESSIS, « Entreprise et patrimoine : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 63 ; FR. BARRIÈRE & R. ELINEAU, « L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ? », *Dr. des sociétés* 2011, étude 8. D'autres ont simplement prévu l'échec de l'EIRL avant même son entrée en vigueur : F.X. LUCAS, « EIRL, de la fausse bonne idée à la vraie calamité », *BJS* 2010, p. 311 ; C. D'HOIR-LAUPÊTRE, « L'EIRL, un patrimoine affecté voué... à une désaffectation certaine ! », *LPA* 2011/10, p. 3 ; I. BEYNEIX, « Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique », *LPA* 2011, n°186, p. 17 ; M.B. SALGADO, « L'entrepreneur à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusion des autres », *JCP E* 2014, 1024 ; V. LEGRAND, « EIRL : coup de théâtre en trois actes ou énième épisode d'un mauvais feuilleton ? », *D.* 2013, p. 1971.

³⁰¹ Ce qui a d'ailleurs donné lieu à l'appellation « patrimoine d'affectation à la française », celui-ci ne correspondant pas à ce que les autres systèmes juridiques entendent par « patrimoine affecté ». Pour une comparaison avec le Québec : C. CASSAGNABÈRE, « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois », *RLDC* 2012/92, p. 63 et s. ; G. BLANLUET & J.P. LE GALL, « La fiducie : une œuvre inachevée », *JCP G* 2007 I, 169 ; Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la Common Law : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009-1, p. 49 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, « Patrimoine ou patrimoines ? », in *Les patrimoines affectés – Acte de colloque*, PU Toulouse 1, p. 12 et s.

que, au moins dans un premier temps, l'exclusivité est bilatérale. Et même dans le second cas de figure, les créanciers personnels n'ont toujours pas d'accès aux biens mis en fiducie : l'exclusivité est donc en partie préservée. Ces deux masses de biens et de dettes correspondent donc bien à la définition retenue du patrimoine. Chacune met en œuvre le rassemblement abstrait de plusieurs biens d'une part et le service de ces biens à la garantie de certaines dettes d'autre part³⁰². Plus encore, les textes qui encadrent le régime de ces deux masses de biens et de dettes imposent leur réunion autour d'un intérêt identifié, prenant la forme d'un « but déterminé³⁰³ » pour la fiducie ou d'une « activité professionnelle³⁰⁴ » pour l'EIRL. Par ailleurs, pour l'un comme pour l'autre de ces « patrimoines », la fongibilité des éléments pour l'extinction des dettes nées à l'occasion de la poursuite de l'intérêt fédérateur ainsi que la subrogation réelle devraient, *a priori*, jouer un rôle essentiel. La réunion de tous ces éléments semble permettre, de prime abord, de retenir pour ces deux masses, la qualification de patrimoine ou, du moins, celle d'universalité de droit.

81. Le patrimoine affecté de l'agent des sûretés. – Objet d'un nouveau titre III intégré au Livre IV du Code civil, l'agent des sûretés français se rapproche désormais du *security trustee* de Common Law. S'il peut se distinguer des autres patrimoines affectés récemment introduit en droit français³⁰⁵, l'universalité que constitue le patrimoine affecté de l'agent des sûretés bénéficie, sans aucun doute, d'une véritable autonomie patrimoniale. L'exclusivité ainsi offerte aux créanciers sur l'ensemble de biens est donc circulaire et c'est ce qu'il faut déduire du nouvel article 2488-10 du Code civil. Celui-ci prévoit en effet que « les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de leur conservation ou de leur gestion »³⁰⁶. Au-delà de cette corrélation « parfaite » entre actif et passif, le patrimoine affecté de l'agent des sûretés semble représenter l'aboutissement de la technique universelle. L'ensemble est constitué de biens divers et variés. Contrairement à l'ancien agent des sûretés, le nouveau « titulaire » est amené à gérer tant des sûretés réelles que des sûretés personnelles, voire des garanties. Le domaine de compétence de l'agent est considérablement large et ne s'arrête pas

³⁰² L'article L.526-12 du Code de commerce prévoit une véritable séparation des patrimoines personnels et professionnels de l'entrepreneur.

³⁰³ Art. 2011, C. Civ.

³⁰⁴ Art. L.526-6, C. Com.

³⁰⁵ En ce sens, v. notamment M. JULIENNE, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC* 2017/3, p. 461 et s.

³⁰⁶ Une comparaison avec la fiducie permet par ailleurs d'observer que cette exclusivité ne connaît pas d'atténuation. Contrairement au patrimoine fiduciaire, le patrimoine affecté à l'agent des sûretés n'est pas garanti, à titre subsidiaire, par le patrimoine personnel de l'agent. V. art. 2025, C. Civ.

à la seule gestion de biens. Mais le rassemblement de ces divers éléments répond à une logique d'affectation, il est orienté vers une fin. La mission de l'agent trouve donc pour ultime limite, la conformité à l'intérêt des créanciers. Or nous avons pu voir que le patrimoine se caractérise par une double affectation des biens : une première à l'intérêt fédérateur qui justifie la création de l'universalité et, une seconde inhérente à la forme universelle, aux dettes qui naîtraient de la première affectation. Et cette double affectation des biens permet alors d'expliquer les limites, tant sur le plan de la titularité et que des pouvoirs de l'agent des sûretés³⁰⁷. Structurellement, ce nouveau mécanisme présente tous les caractères du patrimoine. Celui-ci semble donc trouver, une fois encore, de multiples applications en Droit positif.

82. Le patrimoine de l'armateur. – Le fonds de limitation de l'armateur semble constituer le meilleur aboutissement de l'universalité de droit en ce qu'il permet de limiter la responsabilité de son ou de ses exploitant(s) en créant une catégorie de créances qui, seules, peuvent être payées sur le fonds ainsi créé³⁰⁸. Contrairement aux autres ensembles universels, la limitation de la responsabilité de l'armateur ne se cantonne pas aux engagements souscrits par l'armateur propriétaire du navire mais s'étend à toutes les personnes qui, exploitant le bien, sont susceptibles de l'engager. Ainsi, l'expression « propriétaire » désigne maintenant le propriétaire, mais encore l'affréteur, l'armateur et l'armateur-gérant (Conv. Londres [1976], art. 1er. 2). Et tous ceux qui opèrent pour le compte de l'armateur – préposés, sous-traitants, agents et prestataires de services – peuvent bénéficier de la limitation (Conv. Londres, art. 1er. 4), y compris les assistants (Conv. Londres, art. 1er. 3) et les assureurs (Conv. Londres, art. 1er. 6). Le lien étroit établi entre l'actif et les dettes qui en sont relatives est donc d'autant plus fort concernant le navire. Le fonds de limitation se présente alors comme « un dispositif

³⁰⁷ Le Professeur JULIENNE mentionne en effet les difficultés conceptuelles de ce nouvel acteur en droit des sûretés. Le fait qu'il soit titulaire des sûretés sans être titulaire des créances est foncièrement incompatible avec la conception française des sûretés. Celles-ci ne constituent pas un pouvoir de contrainte sur le débiteur mais sont l'accessoire de ce pouvoir, contenu dans l'obligation garantie. V. M. JULIENNE, *op. cit.*, spéc. n°14 et s. Mais n'est-il pas possible de voir ici une limitation légitime, de la titularité et des pouvoirs de l'agent, fondée sur l'affectation comme source de restrictions au droit de propriété, lequel est alors envisagé tant comme un droit sur la chose que comme un ensemble de prérogatives sur celle-ci ? Certains parlent d'ailleurs de « titularité finalisée » : B. MALLET-BRICOUT, « Un agent très spécial », *RTD Civ.* 2017, p. 740 et s. V. également au sujet des conséquences de l'affectation sur le droit de propriété : FR. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s.

³⁰⁸ « La constitution du fonds bloque l'action des créanciers : aucune action ne peut être engagée, pour les mêmes créances, sur d'autres biens du propriétaire par les créanciers auxquels le fonds est réservé (Conv. Londres [1976], art. 13 ; L. 3 janv. 1967 [préc. *supra*, n° 13], art. 62). Selon la Convention de Londres, cette fin de non-recevoir n'est réservée qu'aux créanciers ayant produit au fonds. La loi française est plus large, puisque l'article 65 du décret du 27 octobre 1967 (préc. *supra*, n° 1) vise toutes « les créances auxquelles la limitation est opposable » : I. CORBIER, *Repert. Com. Dalloz*, V° Armateur, n°39.

permettant à la fois de limiter la responsabilité du propriétaire et de protéger le droit des créanciers³⁰⁹ ». Présenté souvent comme l'un des premiers patrimoines d'affectation du droit français³¹⁰, le fonds de limitation de l'armateur est une application parfaite de l'universalité de droit : ensemble de biens et de dettes corrélés autour d'une activité spécifique³¹¹, il présente en tout cas les mêmes caractères que le patrimoine³¹².

83. Une pluralité apparente de patrimoines en droit positif. – L'ensemble de ces masses qu'offre le droit positif répondent aux mêmes critères que le patrimoine. Mises au service d'une garantie des dettes, des biens sont réunis en un ensemble autour d'un intérêt identifié. La technique employée est toujours la même : la double affectation, interne et externe, qui caractérise le patrimoine se retrouve dans d'autres ensembles, dans d'autres masses que les auteurs qualifient de patrimoines. Il semble pourtant exister encore des masses universelles partageant une structure et un fonctionnement identiques qui pourtant ne sont pas perçues, par la loi ou par la doctrine, comme des patrimoines à proprement parler.

B. Les universalités juridiques innommés

84. Les fonds communs de titrisation. – Le fonds commun de titrisation est un ensemble de créances et de dettes, qualifié légalement de copropriété. Il permet traditionnellement à « une entreprise de céder ses créances ou d'autres actifs à une entité *ad hoc*, qui finance l'acquisition de ces actifs en émettant des titres dont le remboursement du principal et le paiement des intérêts ou dividendes dus sur ces titres sont assurés au moyen des flux générés par les actifs transférés. Le caractère *ad hoc* de l'entité résulte du fait que son actif est exclusivement composé des actifs acquis dans le cadre d'opérations de titrisation

³⁰⁹ P. CATALA, « La nature juridique des fonds de limitation », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, GLN Joly-Litec 1991, p. 162 et s.

³¹⁰ En ce sens, M. REMOND-GOULLAUD, *Droit maritime*, Pedone 2^e éd. 1993, n°255, p. 258.

³¹¹ En ce sens, v. R. RODIÈRE, « La limitation de responsabilité du propriétaire de navire, passé, présent et avenir », *DMF* 1973, p. 239 ; J. CALAIS-AULOY, « Que reste-t-il de la notion de patrimoine de mer ? », in *Mélanges A. JAUFFRET*, Dalloz 1974, p. 173 ; A. VIALARD, *La responsabilité des propriétaires de navire*, Bordeaux 1989 ; G. MIRKOVITCH, *Navire et patrimoine maritime*, th. Bordeaux 1932.

³¹² Certains auteurs combattent aujourd'hui cette qualification : chaque expédition permettant de mettre en place un fonds de limitation nouveau, le navire peut se trouver affecté (en valeur) à plusieurs fonds différents. De la sorte, l'armateur n'est en réalité tenu, pour toutes les dettes nées de l'expédition, qu'à hauteur de la valeur du fonds. En ce sens, I. CORBIER, « La faute inexcusable de l'armateur ou du droit de l'armateur à limiter sa responsabilité », *DMF* 202-626, p. 403 et s. ; P. CATALA, « La nature juridique des fonds de limitation – À propos de l'arrêt rendu le 10 juillet 1990 par la Cour de cassation dans l'affaire Amococadix », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, p. 159 et s.

Mais l'exclusivité qu'offre le fonds de limitation aux créanciers de l'expédition (art. L.5121-6, C. des transp.) milite en réalité en faveur de la qualification d'universalité de droit (*cf. infra* : n°192). En ce sens, S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°376, p. 325-326.

(et de la trésorerie conservée à titre accessoire) et que son passif est exclusivement composé de titres émis pour financer l'acquisition de ces actifs.³¹³ » Ainsi, la corrélation entre l'actif et le passif au sein de cette structure est inhérente au fonds car sans elle, l'opération ne peut avoir lieu. « Le terme « titrisation » traduit ainsi la transformation économique des actifs en titres librement négociables, ces titres émis par l'entité *ad hoc* étant financièrement représentatifs de ses actifs.³¹⁴ ». Certains auteurs voient dans ces copropriétés spéciales, un patrimoine d'affectation³¹⁵ ; il convient donc de vérifier les critères qui leur permettent de retenir une telle qualification. Il semble à ce titre curieux que le législateur songe à distinguer, à l'article L.214-180 du Code monétaire et financier, la copropriété de l'indivision. Le second alinéa de cet article exclut non seulement la personnalité morale mais également l'application des règles de l'indivision ainsi que de la société en participation. Dotée d'un régime hybride et spécifique, cette forme spéciale de copropriété³¹⁶ n'en demeure pas moins une universalité de droit³¹⁷. En effet, il s'agit dans tous les cas d'une masse dont le fonctionnement repose essentiellement sur la corrélation entre l'actif et le passif du fonds. Les créanciers du fonds, c'est-à-dire ceux dont les droits sont nés de la gestion et du fonctionnement du fonds, n'ont pour gage que le seul actif de l'ensemble. Ils n'ont donc aucun droit sur les patrimoines respectifs, de la société de gestion, du dépositaire ou des souscripteurs, lesquels ne sont tenus qu'à concurrence de la valeur d'émission de leurs parts³¹⁸. Une fois encore, une exclusivité se dessine dans le gage général des créanciers dont les droits naissent de la poursuite d'une activité spécifique. Un lien étroit entre actif et passif et imposant le recours à la fongibilité et à la subrogation milite en faveur de la qualification de patrimoine ou d'universalité juridique.

³¹³ X. DE KERGOMMEAUX, *Répert. Sociétés Dalloz*, V° Titrisation (organisme de) 2014.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé – Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004, n°298 et s., p. 174 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1992, n°226, p. 214 ; CL. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica 1981, n°132 et s., p. 121 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°383 et s., p. 178 et s. ; Y. CHARTIER, « Les nouveaux fonds communs de placement », *JCP G* 1980, I, 3001, n°31 ; FR. ZÉNATI & A. COEURET, *RTD civ.* 1989, p. 162 et s. ; TH. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 1 et s.

³¹⁶ CH. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mélanges A. BRETON & F. DERRIDA*, Litec 1991, p. 126 et s. ;

³¹⁷ Lors de sa création, certains regrettaient d'ailleurs que l'ensemble ne soit pas personnifié : FR. ZÉNATI & A. COEURET, *RTD Civ.* 1989, p. 162-163. Pour un rapprochement entre les notions de patrimoine affecté et de personne morale : cf. *infra* (n°210 et s.).

³¹⁸ Art. L.214-184, CMF. Nous verrons que l'étanchéité de principe entre le patrimoine personnel des porteurs de parts et le fonds, du point de vue des créanciers, permet de garder la qualification d'universalité de droit : cf. *infra* (n°352 et s.).

85. L'indivision, une universalité de droit. – L'indivision est une notion historiquement issue du Droit des successions³¹⁹ ; elle est donc légale avant d'être conventionnelle. L'indivision est traditionnellement définie comme l'exercice concurrent d'un droit de même nature, par plusieurs personnes, sur un même bien³²⁰ ou sur un même ensemble de biens³²¹. Un auteur souligne par ailleurs « l'absence d'un patrimoine spécifique de l'indivision par rapport au patrimoine des indivisaires. Ceux-ci disposent d'une quote-part individuelle sur le bien indivis dans leur patrimoine, sans que l'indivision ne puisse, pour l'instant, être totalement considérée comme une masse de biens autonome, contrairement à la société dotée de la personnalité morale.³²² ». Le défaut de cette personnalité semble alors faire obstacle à la reconnaissance d'un patrimoine (du moins pour les auteurs de la théorie subjective du patrimoine³²³) ; il n'empêche pas pour autant la qualification de l'indivision en une universalité de droit, envisagée comme une masse de biens corrélés à des dettes. À ce titre, il faut noter que le législateur lui-même désigne parfois l'indivision comme une masse lorsqu'il est question de son partage³²⁴. Pourtant, ce n'est pas tant l'idée d'ensemble que celle d'un passif exclusivement rattaché à l'actif qui permet de qualifier l'indivision d'universalité juridique. L'arrêt FRECON³²⁵ et désormais l'article 815-17 du Code civil énoncent une distinction entre les dettes personnelles de chacun des indivisaires et les dettes qui sont issues de l'indivision. Cette idée d'un passif propre, à laquelle s'ajoutent l'application de la

³¹⁹ L'indivision fait d'ailleurs encore aujourd'hui l'objet d'un chapitre VII qui s'insère dans le Titre 1^{er}, relatif aux successions, du Livre III du Code civil

³²⁰ Le droit positif ne semble pas distinguer entre une indivision à titre particulier et une indivision universelle. V. R. SAVATIER, obs. sous CA Nancy, 3 nov. 1934, *RTD Civ.* 1935, p. 183.

³²¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2016, V° Indivision ; CH. ALBIGES, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Indivision, n°32 ; R. NERSON, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », in *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz 1965, p. 707 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2016, n°558 et s., p. 449 et s. ; W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ-Lextenso 2017, n°154, p. 144 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois 2013, n°666, p. 209 ; CH. ATIAS, *Droit civil – Les Biens*, LexisNexis 2014, n°169, p. 131 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les Biens*, LGDJ 2010, n°466 et s., p. 523. Cette définition est conservée et rappelée par la jurisprudence récente malgré les évolutions de la notion : v. par exemple Civ. 3^e, 7 juill. 2016, n°15-10278, Bull. Civ. III, n°823.

³²² CH. ALBIGES, Rép. préc., n°48. Dans le même sens, v. FR. ZÉNATI, « Nature juridique de l'indivision », note sous Crim., 27 févr. 1996, Bull. Crim, n°96, *RTD Civ.* 1996, p. 936 ; l'auteur y écrit de la même manière que « Sans doute la conception romaine de l'indivision est-elle affectée par un mouvement tendant à faire de celle-ci une entité distincte des indivisaires. L'intégration des créances dans la masse indivise, l'existence d'un passif de l'indivision, la pratique des comptes d'indivision et l'organisation d'une indivision conventionnelle confinant à la société en sont les manifestations les plus caractéristiques, mais l'indivision n'en a pas pour autant acquis, *de lege lata*, la personnalité juridique. Tant que l'indivision ne sera pas une personne, les indivisaires demeurent des propriétaires. ».

³²³ Cf. *supra* (n°33 et s.).

³²⁴ Par exemple, l'article 825 du Code civil traite de la « masse partageable », l'article suivant évoque « la consistance de la masse » et l'article 827 mentionne « le partage de la masse ». Il semble d'ailleurs que l'assimilation de l'indivision à une masse partageable soit antérieure au remaniement de son régime en 1976 ; cf. R. NERSON, *op. cit.*

³²⁵ Req. 24 déc. 1912, S. 1914, 1, p. 201, 1^e espèce, *GAJC* n°236.

subrogation réelle et de la vocation de la masse indivise aux fruits³²⁶, ont permis à certains auteurs de la doctrine de qualifier l'indivision d'universalité de droit³²⁷. Ainsi les Professeurs ZÉNATI et REVET écrivent-ils que « l'indivision constituait, dès avant la loi de 2006, un patrimoine d'affectation, avec un actif engendrant globalement des fruits et plus-values de l'indivision et un passif propre composé des dettes à l'égard des créanciers de l'indivision.³²⁸ ».

86. L'indivision, une autonomie incomplète. – Nous avons vu qu'il existe des universalités de droit où la corrélation entre actif et passif n'est exclusive que dans un sens³²⁹. L'exclusivité dont certains créanciers bénéficient sur une masse de biens ne trouve pas son équivalent au profit des autres. En d'autres termes, si les créanciers personnels des indivisaires ne peuvent agir sur les biens de l'indivision – lesquels servent donc de gage exclusif aux créanciers de l'indivision – il en va autrement des créanciers de l'indivision qui peuvent tout à fait agir sur les biens personnels des indivisaires. Ainsi, la corrélation entre actif et passif de l'indivision, quoique incomplète par rapport à l'autonomie patrimoniale, révèle l'existence d'une exclusivité entre certains biens et certaines dettes³³⁰. En ce sens, « le

³²⁶ D'origine jurisprudentielle, ces règles sont désormais codifiées dans les deux premiers alinéas de l'article 815-10 du Code civil.

³²⁷ V. par exemple, R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Sirey 1932, p. 146; G. RIPERT & J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 1946, t. III, n°2776, p. 752; CH. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 1948, t. X bis, n°707, p. 235; J. FLOUR, *Le passif successoral*, éd. Paris – Cour de droit, 1956-1957, n°326 et s.; M. NÉVOT, *La notion d'opération de partage*, th. Paris II, 1979, n°78, p. 121-122; W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ-Lextenso 2017, n°174-175, p. 157-158; F.X. TESTU, « Sur la nature de l'indivision », *D.* 1996, p. 176 et s.; C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *RTD Com.* 1979, p. 645 et s.; F. DEBOISSY & G. WICKER, « La distinction de la société et de l'indivision et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 233 et s.; H. PERINET-MARQUET, « La copropriété entre respect et adaptation du droit civil », in *Mélanges PH. SIMLER*, LexisNexis 2006, p. 796 et s.; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 589 et s.; D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°125 et s., p. 83 et s. et n°195 et s., p. 122 et s.; dans une certaine mesure, v. également G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Les biens*, Sirey 1980, n°60-6, p. 81; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°173 et s., p. 331 et s., spéc. n°174, p. 333-334; J. ROCHFELD, *Les Grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°2.24, p. 120-121; n°5.20, p. 304-304; n°6.17, p. 372-374.

Certains vont jusqu'à parler, au sujet de l'indivision, de patrimoine avec ou sans personnalité : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°374, p. 323; P. CATALA, « L'indivision », *Deffrénois* 1979, art. 21874; J.G. RAFFRAY & J.P. SÉNÉCHAL, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP N* 1985, I. 130; J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision », in *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 331 et s.; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, p. 521; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, LGDJ 2004, n°289 et s., p. 169 et s.; G. WICKER, th. préc., n°226, p. 214 et n°270, p. 257 où l'auteur écrit : « Dans la mesure où se trouve consacrée l'autonomie de la masse indivise, ce qui autorise à voir en elle un patrimoine d'affectation et donc une personne, la propriété des biens qui la compose doit lui être rapportée, excluant par là-même celle des indivisaires.

³²⁸ FR. ZÉNATI & TH. REVET, *ibid.*

³²⁹ Cf. *supra* (n°80).

³³⁰ Dans le même sens déjà, FR. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, LGDJ 1968, n°251 et s., p. 377 et s. L'auteur démontre l'existence d'une « autonomie patrimoniale » dans le sens où la masse indivise comprend un actif et un passif qui lui sont propres. Il constate d'ailleurs que « si le passif de l'indivision n'est

législateur français contemporain a, par la loi du 31 décembre 1976³³¹, et sans revenir cependant à une conception dite germanique de biens formant un patrimoine séparé de celui des indivisaires, aménagé le régime juridique de l'indivision en constituant d'une part une masse et, d'autre part, en aménageant l'administration (*lato sensu*) de cette masse. L'indivision forme donc dans ce droit une masse, puisqu'elle est un ensemble de biens qui, tout en ne se confondant pas avec le patrimoine et ne jouissant pas de la personnalité juridique, procède de la loi.³³² ». Si l'exclusivité n'emporte pas d'autonomie complète, elle atteste pourtant de la logique inhérente à l'universalité juridique et emporte donc une telle qualification³³³. Un exemple peut être donné avec l'hypothèse d'un fonds de commerce indivis. L'application de l'article 815-17 du Code civil aux créances nées de la gestion du fonds permet d'offrir aux créanciers un droit de gage général dont l'assiette réside dans les éléments du fonds ou le fonds lui-même, quand les créanciers personnels des indivisaires n'y auront pas accès³³⁴. La séparation des créanciers et surtout du fonds de commerce vis-à-vis du reste des patrimoines respectifs des indivisaires permet d'illustrer l'autonomie dont bénéficient toutes les indivisions.

87. La masse héréditaire en présence d'un héritier unique. – L'indivision naît traditionnellement des successions mais certaines hypothèses de successions n'engendrent pas nécessairement une indivision. Certains ont donc proposé de distinguer les successions

pas suffisamment dissocié de celui de la succession, l'autonomie de la masse indivise relativement aux patrimoines des successeurs est indiscutable » (n°258, p. 387). V. également, D. HIEZ, *op. cit.* ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.17 et s., p. 372 et s.

³³¹ Antérieurement à cette loi, le Code de 1804 ne prévoyait aucune insaisissabilité des biens indivis à l'égard des créanciers personnels des indivisaires. La transformation de la masse indivise en universalité est donc contemporaine. V. à ce sujet, L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil*, éd. Arthur Rousseau 1904, t. I, p. 357 et s., spéc., p. 370 et s.

³³² A.C. VAN GYSEL, *Les Masses de liquidation en droit privé*, éd. Bruylant 1994, p. 227.

³³³ En ce sens, S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°169 et s., p. 144 et s. ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°173 et s., p. 331 et s. ; v. contra. C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°259 et s., p. 192 et s. Pour l'auteure, l'absence d'exclusivité ou d'étanchéité totale entre la masse indivise et les patrimoines respectifs des indivisaires empêche de retenir la qualification d'universalité. Elle fonde son argumentation sur la possibilité, offerte aux créanciers personnels des indivisaires, de provoquer le partage (art. 815-17, al. 2, C. Civ). Ces derniers auraient donc une vocation potentielle à se désintéresser sur les biens de l'indivision. L'argument ne saurait tenir car la demande en partage est une action oblique et elle est par conséquent soumise à la condition essentielle d'une mise en péril des droits du créancier agissant. Les créanciers personnels n'ont donc pas de droit sur l'actif de la masse indivise mais sur la valeur de la quote-part de leur débiteur.

³³⁴ V. en ce sens, J. PATARIN, « Le fonds de commerce à l'épreuve de l'indivision », in *Mélanges CH. FREYRIA*, Ester Éditions 1994, p. 167 et s., spéc. p. 175 et s. L'auteur note ensuite les dangers de l'exploitation d'un fonds de commerce par le biais d'une indivision, notamment en raison de la solidarité commerciale que la Cour de cassation a déduit de cette situation : Com., 18 mars 1986, *D.* 1987, p. 43 ; *RTD Civ.* 1987, p. 573, obs. J. PATARIN.

acceptées par un seul de celles qui sont acceptées par plusieurs héritiers³³⁵. Autrement dit, il n'y aurait d'indivision – et, partant, d'universalité de droit – qu'en présence de plusieurs héritiers. Est-ce à considérer qu'une succession ne donne pas forcément naissance à une universalité de droit ? Il est possible d'en douter car l'héritier peut accepter la succession à concurrence de l'actif net et les créanciers peuvent demander la séparation des patrimoines. Dans le premier cas, l'autonomie de la masse successorale est assurée par la limitation de l'obligation *intra vires successionis*³³⁶ de l'héritier acceptant. Dans la seconde hypothèse, ce sont les créanciers qui maintiennent la séparation des masses, l'étanchéité entre le patrimoine de l'héritier et la masse successorale étant alors garantie³³⁷. Dans ces deux cas, le patrimoine du *de cuius* est analysé comme une universalité de droit dont l'héritier est titulaire³³⁸. C'est que la masse successorale peut s'analyser comme une universalité de droit³³⁹ dont l'existence dépendra d'une part, de l'exercice, par les héritiers, de leur option successorale et, de l'existence d'un ou de plusieurs héritiers d'autre part³⁴⁰.

88. La masse commune, une propriété collective ? – Dans le même ordre d'idée, la masse commune semble présenter les mêmes caractères que l'indivision. Définie comme la propriété exercée par plusieurs dans la poursuite d'un intérêt collectif, la propriété collective ne se confond ni avec la propriété individuelle du groupement personnifié, ni avec la

³³⁵ Ainsi, DE PAGE & DEKKERS, *Traité de droit civil*, Tome IX, Partie III et Partie IV ; A.C. VAN GYSEL, *th. préc.*, p. 232 et p. 239.

³³⁶ L'autonomie de la masse existe qu'importe que l'héritier soit tenu *intra vires cum viribus* ou *pro viribus* puisque c'est le principe de distinction des dettes qui est ici garanti. Les créanciers personnels de l'héritier n'ont donc jamais accès à l'actif de la masse successorale et ne seront donc, sur ces biens, jamais en concours avec les créanciers successoraux. En ce sens, B. BEIGNIER, *Libéralités et successions*, LGDJ-Lextenso 2016, n°588 et s., p. 276 et s. ; PH. MALAURIE & CL. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso 2016, n°251 et s., p. 155 et s. ; FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE & S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz 2013, n°972 et s., p. 857 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Les successions*, Litec 2017, n°617 et s., p. 490 et s. ; CH. JUBAULT, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, Montchrestien 2010, n°1019 et s., p. 685 et s. ; A.M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz 2014, n°389 et s., p. 296 et s. ; A.M. LEROYER, « Réforme des successions et des libéralités », comm. de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 612 et s. : l'auteur remarque une évolution dans la politique législative des successions puisque le droit encourage désormais l'héritier à accepter la succession à concurrence de l'actif net. Cette évolution a pour effet de transformer le droit des successions en un système de succession aux biens plutôt que celui de la succession à la personne.

³³⁷ A cette différence que la séparation des patrimoines n'opère pas de plein droit, elle doit être invoquée par le créancier qui entend en bénéficier (art. 878, C. Civ.). Par ailleurs, elle ne concerne pas l'ensemble de la masse successorale puisque le créancier qui l'invoque doit préciser le bien qu'il entend protéger de la confusion résultant de l'acceptation pure et simple, par l'héritier, de la succession (art. 879, C. Civ.).

³³⁸ La masse est rattachée à l'héritier puisqu'il n'est plus question de considérer le défunt comme propriétaire du patrimoine. Il est donc bel et bien titulaire de la masse successorale et se retrouve donc effectivement à la tête de deux universalités le temps de la liquidation. V. sur ce point, G. WICKER, *op. cit.*

³³⁹ Cf. *infra* (n°515)

³⁴⁰ À ce titre, le Professeur LEQUETTE a d'ailleurs fait remarquer que la séparation de patrimoines (dans le cas d'un héritier unique) semble poursuivre le même objectif que l'article 815-17 (dans le cas d'une succession à plusieurs héritiers) : v. Y. LEQUETTE, « Le privilège de séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », in *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 371 et s.

propriété indivise, gouverné par les intérêts individuels de chaque indivisaire³⁴¹. Cette forme particulière de propriété serait issue de la *Gesamte Hand*, de la propriété en main commune du Droit allemand. Certains auteurs ont proposé de voir dans la masse commune, une forme de propriété collective dans la mesure où les biens qui s’y trouvent, les biens qualifiés de communs, sont la propriété des deux époux, lesquels ne sont pourtant pas titulaires de quote-part. Ils pourraient donc exercer leurs droits sur ces biens de manière concurrente, ce que confirme l’article 1421 du Code civil et, par exception de manière conjointe, sans que les actes ainsi accomplis ne puissent être remis en cause³⁴². Que l’on soit d’accord ou non avec cette analyse³⁴³, la propriété collective n’explique que la technique, le moyen de parvenir à la masse commune et ne permet pas de déterminer sa nature. Les régimes matrimoniaux communautaires font naître une masse commune, aux côtés de deux masses propres à chaque époux. Or la masse commune ne semble pas correspondre à une indivision ou à un patrimoine³⁴⁴ – social si l’on considère la personnalité juridique du couple ou d’affectation.

89. La masse commune, une universalité juridique. – La communauté du régime matrimonial légal a fait l’objet de nombreuses recherches. Sa nature juridique est encore aujourd’hui discutée et certains ont proposé d’y voir une société³⁴⁵ ou une copropriété particulière³⁴⁶. Certains y ont vu une véritable masse autonome pouvant être qualifiée de patrimoine affecté³⁴⁷. C’est parce qu’une fois encore, la masse commune, comme toute

³⁴¹ En ce sens, v. L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil*, éd. Arthur Rousseau, t. I, p. 357 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, LGDJ-Dalloz 2010, p. 589 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°156 et s., p. 303 et s. ; F. DELHAY, th. préc., n°285 et s., p. 423 et s. V. également A. CHAIGNEAU, « Propriété collective », in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017 : l’auteur fait ici une présentation de la notion sans pour autant la distinguer, à la différence des autres auteurs, des autres formes de propriété plurale.

³⁴² V. notamm. E. MEYNIAL, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD civ.* 1903, p. 811 et s. ; L. MASSE, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, th ; Paris 1902 ; L. JOSSERAND, *op. cit.* ; et dans une certaine mesure, R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la communauté », in *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 583 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n°159-2, p. 307-308 et n°163-4, p. 317-318.

³⁴³ Il conviendra de revenir sur cette idée de propriété collective plus tard car le lien, d’une part, entre l’universalité juridique et la personne juridique n’est pas nécessairement le même que le lien qui unit, d’autre part, les biens contenus dans l’universalité et la personne qui en est titulaire : cf. *infra* (n°490 et s.).

³⁴⁴ R. LIBCHABER, *ibid.*

³⁴⁵ J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d’association*, Bordeaux 1933.

³⁴⁶ FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz 2014, n°268, p. 199 ; R. LIBCHABER, art. préc. ; FR. ZÉNATI, *ibid.*

³⁴⁷ S. GUINCHARD, th. préc., n°375, p. 324 et n°393, p. 337 ; G. WICKER, th. préc., n°359 et s., p. 335 et s. ; v. dans une certaine mesure, N. BARUCHEL, th. préc., n°318 et s., p. 182 et s. ; D. HIEZ, th. préc., n°199, p. 124 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc., n°452, p. 215.

universalité de droit, comprend un passif qui lui est propre³⁴⁸. Ainsi les créanciers de la masse ne seront pas en concours avec certains autres, les créanciers personnels des époux. Selon Madame BARUCHEL, l'autonomie de la masse commune n'apparaît qu'au moment de la contribution. Il faut pourtant voir qu'elle existe en réalité déjà au stade de l'obligation à la dette³⁴⁹. Il ne faut pas attendre la dissolution du régime matrimonial pour voir apparaître un passif propre à la masse commune. Certes, le fait qu'il existe une distinction entre obligation et contribution à la dette permet d'attester d'une véritable autonomie de la masse commune. Si elle a réglé une dette dont elle n'avait pas définitivement la charge, elle a droit à récompense. Transposé à l'hypothèse où le couple serait doté de la personnalité morale, ce droit à récompense ne s'analyserait pas autrement qu'en une action en remboursement dans le cas du paiement de la dette d'autrui, le couple ayant payé à la place d'un des époux³⁵⁰. Donc si la contribution à la dette est une preuve ou un symbole de l'autonomie de la masse commune, elle n'en est en revanche pas le fondement. En effet, l'autonomie de toute universalité de droit s'analyse au regard du droit de poursuite des créanciers. C'est donc au stade de l'obligation à la dette qu'il faut rechercher s'il existe ou non une autonomie de la masse, une corrélation actif-passif suffisamment forte pour distinguer ladite masse des patrimoines respectifs des époux. Or l'article 1410 du Code civil prévoit que « les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage, leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts. ». L'article suivant énonce à son tour que « les créanciers de l'un ou de l'autre époux, dans le cas de l'article précédent, ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur. ». Ces créanciers,

³⁴⁸ R.T. TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, éd. Paris Hingray 1857, vol. 2, n°692 et s., p. 8 et s. ; J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, 1929, t. IV, n°230 et s., p. 483 et s. ; M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 8, Régimes matrimoniaux, 2e éd., LGDJ 1957, n°290 et 292 ; J. PATARIN & G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, 4e éd., 1977, Defrénois, n°217 ; H., L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4, 1er vol., Régimes matrimoniaux, 5e éd., 1982, par DE JUGLART, Montchrestien, n°216 ; J. FLOUR & G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz 2001, n°428 et s., p. 401 et s. ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso 2013, n°502, p. 202 ; I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ-Lextenso 2015, n°442 et s., p. 237 et s., spéc. n°448, p. 241-242 ; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso 2017, n°141, p. 116 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°163 et s., p. 318 et s. ; G. YILDRIRIM, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Communauté légale (3° répartition des dettes) ; R. TENDLER, « La protection des époux mariés sous le régime de la communauté légale face à leurs créanciers », in *Mélanges D. HUET-WEILLER*, PUF 1994, p. 477 et s. ; L. JOSSERAND, art. préc. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », art. préc., spéc. p. 605 ; FR. DELHAY, *th. préc.*, n°273 et s., p. 404 et s. ; B. FROMION-HÉBRARD, *th. préc.*, n°214, p. 180.

³⁴⁹ N. BARUCHEL, *th. préc.*, n°319, p. 183.

³⁵⁰ Sur les fondements bien connus du régime général de l'obligation en commençant par la subrogation légale des articles 1346 et s. du Code civil, d'autant que celle-ci est désormais ouverte à quiconque avait un « intérêt légitime » au paiement de la dette, ce qui aurait toujours été le cas du couple qui paye pour l'un de ses membres.

qualifiés expressément par la loi de personnels, ne peuvent donc entrer en concours avec les autres créanciers du couple sur les biens communs. Entrent également dans la catégorie des créanciers personnels, le prêteur ou le créancier bénéficiaire d'un cautionnement qui n'a pas obtenu l'accord des deux époux à l'opération. L'article 1415 du Code civil n'offre en effet à ces créanciers que la même assiette que celle de l'article 1411. L'exclusivité du droit de gage général des créanciers communs est donc indiscutable et la masse commune correspond alors bel et bien à une universalité de droit³⁵¹.

90. L'autonomie incomplète des masses liquidatives. – Pour Madame KUHN, la masse commune n'est pas une universalité de droit car seuls les patrimoines sont ainsi qualifiés. On n'y trouve pas de « logique patrimoniale » : la corrélation entre actif et passif qu'on y trouve n'est pas exclusive. Par ailleurs, elle ne vise pas à offrir un droit exclusif à une catégorie de créancier, elle ne sert qu'à aménager le droit de gage général et à l'adapter à la vie commune des époux. La séparation des créanciers répond seulement d'un objectif de protection, non pas des créanciers, mais du conjoint³⁵². Cette argumentation suscite la discussion car la création de la masse commune permet d'élargir la capacité financière des époux³⁵³. Cette fonction est reconnue en doctrine de manière unanime. Parce que le crédit est associé à la garantie, la création d'une plus large capacité financière emporte une garantie également plus large. Mais là où le droit de gage général des créanciers est élargi, il est également diminué pour d'autres. Les créanciers antérieurs au mariage et ceux dont les créances sont issues d'un legs ou d'une succession, ne peuvent agir que sur les propres de chacun des époux. La simple existence de deux ensembles de biens et de dettes corrélatifs devrait suffire à retenir l'existence d'universalité de droit. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un des époux permet d'ailleurs de s'en rendre compte. Les créanciers personnels de l'époux *in bonis* ne sont pas affectés par la procédure et les créanciers communs ou personnels de l'époux en difficulté ne peuvent se payer sur les propres de

³⁵¹ Dans le même sens, R. GARY, *op. cit.*, p. 146.

³⁵² C. KUHN, th. préc, n°267 et s., p. 199 et s. ; v. dans le même sens, N. JULLIAN, *Les cessions de patrimoine*, th. Rennes I, 2016, n° n°213, p. 200 ; de manière plus nuancée, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz 2011, n°384, p. 301.

³⁵³ V. notamment G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Mélanges J. FLOUR*, Defrénois 1979, p. 33 et s. ; R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 581 et s.

l'autre. La séparation de principe des différents créanciers et de leurs droits de gage général respectifs³⁵⁴ suffit à attester de l'existence d'une universalité de droit.

91. L'existence d'universalité de droit en dehors du patrimoine. – En dehors des ensembles universels qualifiés – indûment³⁵⁵ - de patrimoines, il existe donc des masses de biens corrélés à des dettes et réunis autour d'un intérêt. Dans chacun de ces ensembles, la corrélation est mise au service d'un droit de poursuite pour les créanciers, ce qui permet de les rapprocher du patrimoine sans les confondre avec celui-ci. C'est donc qu'il existe bel et bien, en droit positif, des universalités de droit en dehors du patrimoine légal. De cette analyse, il semble alors possible d'imaginer l'existence de nouvelles masses, en droit prospectif, répondant des mêmes caractéristiques.

C. Les universalités juridiques prospectives

92. Les biens et dettes du majeur protégé³⁵⁶. – La notion d'universalité de droit pourrait d'abord être utile en matière de protection des personnes vulnérables. Les mesures de protection des majeurs s'organisent en quatre catégories : la curatelle, la tutelle, l'habilitation familiale ou la sauvegarde de justice. Cette dernière mesure n'impliquant aucune organisation particulière³⁵⁷ en ce qu'elle n'entame pas la capacité juridique du majeur³⁵⁸, ne rentre pas dans le cadre de cette étude prospective. Concernant les trois premières mesures de protection, celles-ci s'organisent autour des pouvoirs, accordés à une personne désignée par le juge des contentieux de la protection³⁵⁹, pour administrer ou gérer les biens de la personne vulnérable. Néanmoins, toutes ces mesures ne devraient pas donner lieu à la création d'une universalité de droit. Parce que la mesure choisie dépend du degré de

³⁵⁴ Une auteure reconnaît que le mariage sous le régime légal constitue une atteinte à l'unité du patrimoine et à l'unité du gage général des créanciers. Elle n'en tire néanmoins aucune conséquence sur la nature de la masse commune : A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc., n°452 et s., p. 214 et s. ; Madame ROCHFELD considère ici que la masse est effectivement objet d'une affectation même si elle est « poreuse ou incomplète » : J. ROCHFELD, *op. cit.* et n°6.42, p. 409.

³⁵⁵ Nous verrons que ce que la doctrine désigne sous l'appellation « patrimoine d'affectation » mérite d'être dissocié du patrimoine légal, de sorte que la qualification de « patrimoine » ne devrait pas leur être accordée. Ce ne sont finalement que des universalités de droit : *cf. infra* (n°207)

³⁵⁶ « Le majeur protégé est celui qui souffre d'une altération médicalement constatée de ses facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. Le majeur ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Aussi, des mesures de protection s'imposent. » : F. MERCHADIER, *Répert. Dalloz Civ.*, V°*Majeur protégé*, n°1.

³⁵⁷ Ce que suggère l'article 436, C. Civ.

³⁵⁸ L'article 435 du code civil prévoit en effet que « la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. »

³⁵⁹ Anciennement « juge des tutelles » dont l'appellation a été modifiée par la loi n°2019-222 entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

capacités physique et mentale de la personne protégée, celle-ci conserve parfois une grande partie de ses pouvoirs, tant pour les actes personnels que ceux relatifs à ses biens. L'idée de transférer les biens gérés par une autre personne au profit du majeur protégé ne doit donc être accueillie que pour les hypothèses de tutelle et d'habilitation familiale générale. S'il est vrai que la tutelle ne supprime pas complètement l'autonomie du majeur protégé, elle permet la gestion des biens, notamment les valeurs importantes, qui peuvent être placées dans une masse distincte³⁶⁰. La proposition de créer une universalité de droit répond d'ailleurs du lien étroit qu'entretient celle-ci avec la notion d'intérêt³⁶¹. Une spécificité demeurerait concernant ces masses universelles spéciales : le contrôle des actes du titulaire de l'universalité. Le représentant du majeur protégé voit ses actes susceptibles d'être remis en cause notamment en cas de contrariété à l'intérêt de la personne protégée. Il convient alors de transposer cette solution à l'universalité de droit créée à cet effet. L'avantage de la technique universelle pour encadrer ces situations et qu'elle permettrait de justifier l'ingérence du représentant qui n'agirait plus en cette qualité mais en tant que propriétaire des biens placés dans la masse, à charge de transférer éventuellement les bénéficiaires dans le patrimoine du majeur.

93. Un parallèle avec le mandat de protection future. – Aux côtés des mesures judiciaires qui pourraient donner lieu à la création d'une universalité spécifique, le législateur a introduit en 2007 le mandat de protection future. Mesure conventionnelle de représentation, cet outil permet la gestion d'un ou de plusieurs biens et surtout d'adapter l'étendue de la représentation aux besoins de la personne qui se soumet volontairement à cette protection³⁶². L'idée d'une universalité de protection se rapproche de cette technique puisqu'elle serait, *a priori*, de source conventionnelle également. Elle s'en rapproche encore dans la mesure où tous les biens de la personne protégée n'auront pas à être transférés dans la masse universelle et seuls ceux d'une valeur importante ou ceux qui relèvent d'un régime plus complexe – telles que des valeurs mobilières par exemple – pourront intégrer l'ensemble. Elle s'en distingue néanmoins parce qu'elle ne passe pas par la technique de la représentation et faciliterait ainsi les démarches courantes que l'actuel mandataire (qui serait alors propriétaire) doit accomplir. Il ne s'agirait donc pas de créer une universalité de protection pour remplacer celles, plus

³⁶⁰ En ce sens, FR. JULIENNE, « La fiducie, une technique d'avenir pour gérer le patrimoine des personnes protégées », *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2015, dir. J.M. PLAZY & G. RAOUL-CORMEIL, p. 205 et s. ; J. MASSIP, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Deffrénois* 2009, art. 38982 ; N. PETERKA, « Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie », in *La fiducie dans tous ses états*, Assoc. Henri CAPITANT, Dalloz 2001, p. 20 et s. ; FR. SAUVAGE, « Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable », *RJPF* 2009/5/8.

³⁶¹ Cf. *infra* (n°252 et s.).

³⁶² P. POTENTIER, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* 2007, I, 1262

légères qui existent déjà mais d'offrir un outil cohérent et efficace en plus de ceux déjà mis en place.

94. Le patrimoine de dignité ? – Si l'universalité se caractérise par l'existence d'une corrélation entre des biens et des dettes réunies autour d'un intérêt spécifique, et si l'ensemble ainsi créé permet une dérogation au droit de gage général des créanciers, il serait tentant de voir dans la dignité de la personne humaine, l'ensemble des biens soustraits du gage des créanciers pour les inclure dans une masse spécifique. En ce sens, la Professeure ROCHFELD a suggéré de créer un « patrimoine de dignité » visant à mettre à l'abri du gage des créanciers, l'ensemble des biens nécessaires à la survie de la personne, à son intégration sociale, à sa dignité³⁶³. L'idée est convaincante et reprend d'ailleurs de nombreux traits de l'universalité de droit. D'abord, il est bien question d'une affectation des biens à un but spécifique. Par ailleurs, cette affectation produit, à l'image des autres masses universelles identifiées en droit positif, des effets sur le droit de poursuite des créanciers puisque ces biens sont alors soustraits de l'assiette de ce droit. Cependant, à la différence des autres universalités de droit, ce « patrimoine de dignité » ne semble pas faire interagir les biens, objets de l'affectation, avec des dettes. En ce sens, la corrélation entre un actif et un passif semble donc faire défaut³⁶⁴. Cela emporte des conséquences sur la structure qu'aurait cet ensemble puisqu'il n'aurait alors besoin ni de la fongibilité des biens, ni de la subrogation

³⁶³ J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité... », *RTD Civ.* 2003, p. 743 ; J. ROCHFELD, « La distinction de la personne et des choses, une summa divisio brouillée par la personnification des biens », in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2015, p. 277 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.24 et s., p. 371 et s.

³⁶⁴ V. néanmoins un auteur qui écrit : « Dans le droit de l'exécution aussi, les "connotations" d'affectation ne sont pas absentes, et par exemple, lorsque l'article 14, 2° de la loi de 1991 déclare que ne peuvent être saisies les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, « sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie », c'est bien d'une saisissabilité réservée à une catégorie particulière de créancier qu'il s'agit. Note 6 : les propres créanciers alimentaires de la personne à laquelle ces sommes sont dues » : O. SALATI, « La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le principe de saisissabilité : une menace de plus sur le droit au recouvrement ? », *Rev. Procéd.* 2010/11, Etude 8. S'il est vrai qu'une corrélation semble se dessiner à l'égard des aliments, celle-ci s'apparente davantage à une garantie légale qu'à une universalité de droit car la spécificité de l'assiette saisissable empêche la création d'une masse où fongibilité et subrogation auraient vocation à jouer.

réelle³⁶⁵. Il faut donc rejeter la qualification de cette « affectation en creux³⁶⁶ » comme une universalité juridique.

95. La question des sociétés unipersonnelles. – Le choix de consacrer la société unipersonnelle plutôt que le patrimoine d'affectation en 1985³⁶⁷ se trouve justifié par une lente évolution de la pratique et des solutions jurisprudentielles³⁶⁸. S'est pourtant posé la question, à l'époque, de l'opportunité de créer une telle notion car la société a longtemps été conçue comme un contrat, ce qui est incompatible avec la société unipersonnelle. La doctrine en est venue aujourd'hui à parler de « groupements unipersonnels³⁶⁹ », ce qui semble bien étrange pour celui qui s'attache au sens des mots³⁷⁰. L'adoption de la loi de 1985 a ainsi renouvelé le débat sur la nature juridique de la société. Critiquée par la doctrine³⁷¹ dont certains proposaient la suppression, la société unipersonnelle coexiste désormais avec le « patrimoine d'affectation ». En ce sens, il est légitime de se demander si la création d'un statut concurrent (l'EURL) ne traduit pas l'insuffisance de la technique de la société unipersonnelle. Au-delà de l'argument lié au contrat de société, certains prétendent

³⁶⁵ Ce sont les mêmes raisons qui poussent à rejeter l'utilisation de l'universalité de droit concernant les libéralités graduelles. En effet, l'obligation de conservation du bien donné qui pèse sur le premier gratifié rend l'objet de la libéralité insaisissable mais ne crée pas un passif spécifique lié à la conservation de celui-ci. Quand bien même on l'admettait, la conservation du bien en nature exclut toute idée de fongibilité ou de subrogation réelle. V. néanmoins : M. GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, étude 1387, p. 2419 ; Ph. MALAURIE, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Defrénois* 2006, art. 28493, p. 1801.

³⁶⁶ J. ROCHFELD, *ibid.* ; v. aussi dans le même sens R. BOFFA, *La destination de la chose*, *Defrénois* 2008, n°563 et s., p. 416 et s.

³⁶⁷ V. sur ce point, Ass. Nationale, 1^e séance du 11 avril 1985, *JO Débats*, p. 140 et s.

³⁶⁸ En ce sens, J. PAILLUSSEAU, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP G* 1986, I, doctr. 3242 ; P. SERLOOTEN, *Répert. Soc. Dalloz, V° Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)* ; B. LECOURT, « Faut-il réformer la directive sur les sociétés unipersonnelles ? », *Rev. Sociétés* 2014, p. 139 et s. ; P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Études G. RIPERT*, t. 1, 1950, LGDJ, n°2.

³⁶⁹ V. par ex. G. WICKER & J.C. PAGNUCO, *Répert Dalloz Civ., V° Personne morale*, n°31.

³⁷⁰ L'aveu des parlementaires est criant d'ailleurs puisqu'on peut lire dans les débats que « ce sera ou l'unité du patrimoine, ou la nature contractuelle de la société... Personnellement, je préfère adapter la notion d'institution à la notion de société plutôt que de me lancer dans quelque chose de plus compliquée et qui resterait illusoire, le patrimoine d'affectation » : *préc.*, p. 143.

³⁷¹ CL. CHAMPAUD & D. DANET, « Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle », *RTD Com* 1999, p. 872 et s. ; CL. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, *Economica* 1987, p. 139 et s. ; J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges CH. MOULY*, Litec 1998, t. 1, p. 131 et s. ; J.P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD Com.* 1996, p. 595 ; J. P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », in *Mélanges A. SAYAG*, LexisNexis 1998, p. 131 et s. ; J. PRIEUR, « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Mélanges A. SAYAG, op. cit.*, p. 371 et s. ; R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz 1999, p. 281 et s. ; P. LE CANNU, « Existe-t-il une société de droit commun », in *Dialogues avec M. JEANTIN, op. cit.*, p. 247 et s. ; G. FLORES & J. MESTRE, « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA* 14 mai 1986, p. 25 et s. ; A. L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, *Defrénois* 2007, n°859, p. 399-400 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé – Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004, n°664 et s., p. 386 et s.

aujourd'hui que la société à associé unique reste avantageuse par rapport à l'EIRL et ce, pour trois raisons³⁷². La première réside dans la possibilité pour le créancier de demander à l'associé unique de se porter caution pour une dette de la société. La deuxième consiste à permettre d'imputer les fautes de gestion sur ce même associé en cas de dépôt de bilan. La dernière raison de la suprématie de la société unipersonnelle réside dans la possibilité de la faire évoluer et d'y intégrer un nouvel associé. Ces trois arguments sont-ils suffisants pour faire survivre la société unipersonnelle aux côtés de l'EIRL ? Une réponse négative semble possible. D'abord, la possibilité offerte pour les créanciers et notamment les établissements de crédit, d'obtenir une sûreté personnelle est contraire à l'objectif recherché dans la création d'une société à responsabilité limitée. L'argument porte donc en lui-même les raisons de son rejet. Ensuite, rien ne s'oppose à permettre de chercher la responsabilité de l'entrepreneur en cas de faute de gestion concernant l'EIRL³⁷³. Enfin, si le développement de la pratique a permis de créer des règles permettant de passer d'une société unipersonnelle à une véritable société – comprenant plusieurs associés –, il devrait être possible de créer les mêmes règles simplifiant le passage du statut d'EIRL à une société également. Il est alors possible de proposer la suppression de la technique de la société à associé unique³⁷⁴ et de ne voir dans celle-ci qu'un moyen transitoire par lequel le législateur devait passer avant d'introduire en droit français des universalités de droit séparées du patrimoine légal d'une personne.

96. Conclusion de la section. – L'existence de masses de biens et de dettes corrélés au service du droit de poursuite des créanciers ou, du moins, de certains créanciers a pu être identifiée grâce à la reprise de critères qui semblent n'appartenir qu'aux universalités de droit. Celles-ci se caractérisent ainsi par le rassemblement de biens affectés à la garantie de dettes, le tout étant affecté à un intérêt, général ou spécifique, et imposant le recours à la fongibilité et à la subrogation réelle. Plusieurs conséquences peuvent être tirées de ce constat : le patrimoine est une abstraction fonctionnelle mais n'est pas la seule et d'autres masses peuvent recevoir la même définition. Il existe donc bien plusieurs patrimoines ou plusieurs universalités de droit.

97. Conclusion du chapitre. – L'analyse de la structure du patrimoine permet de faire apparaître sa caractéristique principale. Servant d'assiette au droit de gage général, il

³⁷² V. pour une présentation claire : M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2019, n°1583, p. 637.

³⁷³ Cf. *infra* (n°359 et s.)

³⁷⁴ Les techniques existantes semblent faire doublon et il est nécessaire de rétablir le sens originel du terme « société », lequel ne devrait s'appliquer qu'aux groupements.

semble réunir des biens et des dettes qui se répondent. Les biens sont réunis selon une caractéristique : leur affectation au désintéressement des créanciers. Cette corrélation spécifique entre actif et passif au sein d'une même masse et au service de créanciers d'un propriétaire se retrouve en dehors du patrimoine, dans des masses connues du droit positif. Il semble ainsi exister des ensembles qui, se rapprochant du patrimoine sans se confondre avec lui, entrent directement en concurrence avec³⁷⁵. Ces masses sont également dotées d'une structure identique permettant à n'importe quel bien de l'ensemble de garantir n'importe quelle dette du même ensemble. L'identification de ces universalités de droit parmi les techniques existantes permet la proposition de création de nouvelles masses pouvant remplir la même fonction. L'identité entre les notions est donc légitime et doit être acceptée. Cette étape nécessaire de l'analyse suggère l'existence d'autres similitudes entre le patrimoine d'un côté et les universalités de droit de l'autre.

³⁷⁵ Cette idée de concurrence constitue l'indice d'une dissociation des notions et appelle de plus amples développements : *cf. infra* (n°203 et s.).

CHAPITRE 2ND – L'ETENDUE DE LA CONFUSION ENTRE UNIVERSALITE DE DROIT ET PATRIMOINE

98. L'assimilation complète entre patrimoine et universalité de droit. – Les auteurs du patrimoine se contentent souvent de définir cet objet particulier comme une universalité de droit. Mais l'emploi de termes obscurs pour désigner et expliquer une notion qui l'est tout autant n'est pas satisfaisant ; un sentiment d'inachevé dans la construction de la notion naît de ces imprécisions. Il est néanmoins possible de constater que cette confusion a créé un environnement législatif qui a permis l'apparition de nouvelles universalités construites sur le modèle du patrimoine. Plus qu'une simple inspiration, ces masses universelles, plus tardives, sont, en un sens, identiques au patrimoine. Il faut dès lors embrasser cette assimilation car visant toutes cette corrélation entre actif et passif au service des créanciers, les universalités de droit semblent obéir au même fonctionnement que le patrimoine.

99. Le constat d'un fonctionnement commun entre patrimoine et universalité de droit. – Parce qu'il se présente comme une notion fonctionnelle, le patrimoine est appréhendé au regard de cette seule fonction : sa composition comme son anatomie sont orientées vers la garantie des dettes. Or faire du patrimoine le modèle de l'universalité de droit implique de retrouver le même métabolisme dans chaque universalité de droit. Il s'agit ainsi de constater que tous ces ensembles obéissent à une composition commune (*SECTION 1*) et à une appréhension commune (*SECTION 2*).

SECTION 1 – UNE COMPOSITION COMMUNE A L’UNIVERSALITE DE DROIT ET AU PATRIMOINE

SECTION 2 – UNE APPROCHE COMMUNE DE L’UNIVERSALITE DE DROIT ET DU PATRIMOINE :

LA NOTION DE MASSE

**SECTION I – UNE COMPOSITION COMMUNE A L’UNIVERSALITE DE DROIT
ET AU PATRIMOINE**

100. Partir de nouveau du patrimoine. – Si le patrimoine et les ensembles universels identifiés en droit positif ou prospectif se rejoignent dans leur structure et dans leur fonction et que les éléments qui composent le patrimoine sont orientés vers cette même fonction, alors toutes les universalités devraient être composées de la même manière. C’est ce qu’il convient de vérifier ici. En effet, les contours du patrimoine ont fait l’objet de nombreux débats et certaines questions demeurent aujourd’hui sans réponse concernant les biens et les dettes qui y sont inclus. Il est de nouveau plus propice de se servir du patrimoine comme modèle de l’universalité de droit ; les travaux doctrinaux sur sa composition doivent pouvoir nous éclairer sur ce que contiennent toutes les universalités.

101. La composition du patrimoine à la lumière de l’article 2284. – Le patrimoine joue un rôle spécifique dans l’ordonnancement des règles de droit. Sa composition semble d’ailleurs tendre vers l’accomplissement de cette fonction : remplaçant la contrainte par corps, le patrimoine permet la garantie des dettes sur les biens³⁷⁶. Il doit ainsi comprendre, *a priori*, l’ensemble des biens du débiteur. C’est là le sens de l’article 2284 du Code civil : la corrélation entre obligation et propriété est assurée par l’ensemble abstrait libéré des contingences spatiales et temporelles. Partant, la doctrine a souvent présenté le patrimoine comme « l’assiette du droit de gage général des créanciers³⁷⁷ ». Cette analyse a pourtant soulevé deux principaux problèmes : le premier est lié à la composition active du patrimoine c’est-à-dire aux biens qui doivent intégrer l’ensemble patrimoine ; le second est relatif à l’intégration (ou à l’exclusion) des obligations de ce même ensemble.

102. Les problèmes liés à la composition active. – Issu de l’analyse littérale des articles 2284 et 2285, le patrimoine, en tant qu’assiette du droit de gage général, semble d’abord comprendre « tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». L’adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*³⁷⁸ invite alors à interpréter ces termes de façon large : la totalité des biens vaut garantie des obligations. Partant, le patrimoine

³⁷⁶ Cf. *supra* (n°26 et s.)

³⁷⁷ En ce sens, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2016, n°17 et s., p. 23 et s. ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2016, n°12 et s., p. 23 et s. ; L. AYNÈS & P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, LGDJ-Lextenso 2016, n°4, p. 3.

³⁷⁸ « Là où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer ».

comprend nécessairement tous les biens sans distinction aucune. Une telle lecture des dispositions du Code Napoléon et de la théorie du patrimoine paraît néanmoins par trop simpliste et fautive au regard du droit positif. Il suffit pour s'en convaincre de voir les nombreux biens auxquels le créancier n'a pas accès mais qui, pourtant, reçoivent parfois la qualification de bien. Il faut songer ici à la voix ou à l'image qui, s'ils peuvent être cédés, ne peuvent être saisis. Si ces objets peuvent être qualifiés de biens sans pour autant remplir la fonction du patrimoine, c'est alors que ce dernier ne comprend pas tous les biens comme l'article 2284 laisse penser. Si en revanche le patrimoine comprend effectivement l'intégralité des biens, présents et à venir, peut-être faut-il alors revoir la définition du bien juridique. C'est à ces différentes questions qu'il faut répondre pour déterminer la composition active du patrimoine (I).

103. Les problèmes liés à la composition passive. – Voir le patrimoine comme « l'assiette du droit de gage général » est également source d'interrogation quant à la relation qu'entretiennent ledit patrimoine et les dettes. Dans son sens romain, le patrimoine ne comprend que des biens, il est présenté comme une universalité de fait³⁷⁹. L'intégration des dettes dans son acception juridique est donc récente. Mais la question de la relation entre patrimoine et dette n'est pas réglée. Il semblerait en effet qu'une incohérence entoure la notion : comment le patrimoine peut-il garantir les dettes tout en comprenant les dettes ? Dire que celles-ci grèvent le patrimoine n'implique-t-il pas que les dettes soient exclues du patrimoine ? qu'elles lui soient extérieures ? Ces problématiques invitent à s'interroger sur la nature de la dette pour déterminer si cette dernière intègre ou non le patrimoine (II).

I. Les biens comme garantie des obligations

104. Le bien patrimonial : changement de paradigme. – Concevoir la composition du patrimoine selon sa fonction implique de voir les choses de deux façons alternatives. Ces deux analyses du patrimoine et de son contenu reposent ainsi sur deux postulats distincts, emportant des conséquences importantes sur la notion même de bien. La première, traditionnelle, consiste à voir dans la totalité des biens, une vocation à garantir les dettes et, en ce sens, les objets qui ne peuvent pas remplir cette fonction ne peuvent recevoir la

³⁷⁹ C'est-à-dire comme un ensemble de biens réunis au service d'une destination commune : cf. *supra* (n°6 et s.). En ce sens, A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 ; E. PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*, libr. Arthur Rousseau, 1925, p. 167 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé - Les biens*, t. 2, PUF 1961, n°29, p. 50.

qualification de bien juridique³⁸⁰. La seconde alternative plus récente vise à distinguer, parmi les biens juridiques, ceux qui permettent une telle garantie – et qui doivent ainsi être qualifiés de « patrimoniaux » – de ceux qui n’y participent pas et qui, ainsi, sont exclus du patrimoine. La première lecture du patrimoine semble aujourd’hui insuffisante car elle tend à une confusion des différentes catégories de choses (A). La composition active du patrimoine doit donc être analysée sous un nouveau jour (B).

A. L’insuffisance d’une unique catégorie de bien

105. Pour le renouvellement des catégories de choses. – Avant de voir les biens dans leur fonction de garantie des obligations, il convient de voir ce qu’il faut entendre par bien (1). Il semblerait que la définition majoritaire tende à le réduire à la valeur, ce qui a l’avantage de permettre une cohérence avec la fonction du patrimoine : le créancier se désintéresse de la chose en nature et ne convoite que sa valeur. Pourtant, cette acception tronquée des objets de droit invite à voir que, partagé entre sa dimension économique et sa dimension utilitaire, le bien ne peut être assimilé au patrimonial (2).

1. La valeur appropriée comme critère de définition du bien

106. L’homme et la chose : le critère d’appropriation. – La définition du bien ne fait pas l’objet d’un consensus en Droit français. Le Code civil n’en traite pas, il se contente de l’opposer à la personne et d’en faire le lien à travers la propriété de l’article 544³⁸¹. Partant,

³⁸⁰ Il aurait été possible d’y voir un principe comportant de nombreuses exceptions ; c’est une analyse qui a longtemps suffit d’ailleurs. Elle semble cependant aujourd’hui dépassée par l’évolution de ces exceptions. La multiplication des biens exclus du gage des créanciers engendre un déséquilibre important où le principe menace d’être évincé par les exceptions. Le développement d’une nouvelle catégorie d’objets de droit invite alors à voir une opposition qui semble s’être développée parallèlement aux notions de patrimoine et d’universalité de droit. En ce sens, J.L. BERGEL, *op. cit.*, n°186, p. 243 : l’auteur écrit justement que « la capacité d’absorption de phénomènes juridiques existantes est liée à leur définition. S’agissant de distinctions bipartites et de classifications tranchées, à portée exhaustive, il ne peut s’agir de catégories fermées. Parmi les deux catégories antithétiques (...), il faut qu’il y en ait une au moins qui soit assez ouverte pour pouvoir accueillir de nouvelles entités ou de nouvelles notions : il faut que, dans chaque classification, si l’une des catégories est limitative, l’autre soit résiduelle. (... mais) il est parfois difficile de se prononcer sur les caractères respectifs des catégories en causes (...) Quelles sont les catégories limitatives et les catégories résiduelles ? La réponse à cette question dépend souvent de la détermination du principe et de ses exceptions, le principe correspondant à la catégorie résiduelle et les exceptions à la catégorie limitative. Mais ces notions elles-mêmes évoluent. Les exceptions, en se multipliant, finissent par devenir le principe. » (nous soulignons).

³⁸¹ Les autres dispositions du code relatives au bien permettent de déterminer le régime applicable selon une classification des biens mais aucune définition de la notion de bien ne ressort clairement de ces dispositions ; en ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°4.9, p. 225 ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz-Litec 2004, p. 297, spec. n°21, p. 321 ; A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d’autrui*, Dalloz 2013, n°49, p. 59.

il est aisé de dire que le Droit ne s'intéresse aux choses que sous l'angle de leurs rapports avec l'homme³⁸². Plus exactement, la chose du monde extérieur³⁸³ n'est envisagée juridiquement en tant que bien que par le prisme du sujet de droit. La question alors soulevée consiste à savoir ce qui amène ce sujet à considérer la chose, à se l'approprier, à la faire entrer dans la sphère du droit. Reprise de la *summa divisio* romaine, l'opposition entre sujet et objet de droit est à l'origine de cette relation. Amplifiée par l'individualisme libéral de la période révolutionnaire, cette opposition est au fondement du Code civil français³⁸⁴. L'Homme, sujet de droit, se tient face à la chose qu'il fait sienne. Il semblerait alors que c'est cette appartenance de la chose à un individu déterminé qui la transforme en bien d'un point de vue juridique³⁸⁵. En d'autres termes, c'est l'appropriation de la chose qui permet d'octroyer à cette dernière la qualification de bien juridique³⁸⁶. Au-delà de ce premier constat, il est nécessaire de s'intéresser à la raison de cette appropriation de la chose par l'homme.

107. L'appropriation : la réservation d'une valeur. – La propriété est un rapport d'exclusivité entre une chose et une personne, un lien de droit établi entre le bien et son

Il faut d'ailleurs remarquer que le Projet de réforme de l'Association Henri CAPITANT prévoit d'introduire dans le Code civil, une définition du bien qui serait « une valeur économique, située dans une prérogative juridique quelconque, et consacrée comme telle par le droit objectif ». Cette proposition est à notre sens insuffisante en ce qu'elle ne précise pas ce qu'il faut entendre par « prérogative juridique » et ne donne pas les critères qui permettent de qualifier le bien.

³⁸² PORTALIS disait d'ailleurs dans son discours préliminaire que « les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tire les hommes » et CARBONNIER reprend en écrivant que « les choses vues par le droit prennent le nom de biens, en raison des avantages qu'elles procurent à l'homme », in *Droit civil, Introduction – Les personnes*, n°164.

³⁸³ Il convient de préciser ici les termes « monde extérieur » qui ne renvoie pas uniquement au monde physique mais à celui des choses qui sont « un donné de la réalité qui, en tant que tel, est inconditionné à un quelconque système juridique » (W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, n°21, p. 430). En d'autres termes, le monde extérieur englobe les choses corporelles et incorporelles.

³⁸⁴ Cf. *supra* (n°29 et s.)

³⁸⁵ Il semble y avoir un consensus doctrinal sur ce (seul) point, c'est d'abord l'appropriation qui fait que la chose devient bien : G. BAUDRY-LACANTINERIE & M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens*, Sirey 1896, n°10, p. 10 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ, 2012, n°2, p. 1 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°2, p. 18 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les Biens*, Précis Dalloz 2014, n°29, p. 37 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, 2010, n°8, p. 6 ; M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, p. 1805 ; C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Arch. Phil. Droit*, t. 24, 1979, p. 259 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°4.3, p. 218 ; R. LIBCHABER, *Répertoire de Droit civil – Les biens*, D. 2009. L'avant-projet de réforme du droit des biens à l'initiative de l'Association Henri CAPITANT proposait d'ailleurs de définir les biens dans un nouvel article 520 comme « les choses corporelles et incorporelles faisant l'objet d'une appropriation ainsi que les droit réels et personnels », nous soulignons.

³⁸⁶ Il semble y avoir un consensus doctrinal sur ce (seul) point, c'est d'abord l'appropriation qui fait que la chose devient bien : G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens*, Sirey 1896, n°10, p. 10 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ, 2012, n°2, p. 1 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°2, p. 18 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les Biens*, Précis Dalloz 2014, n°29, p. 37 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, 2010, n°8, p. 6 ; M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, p. 1805 ; C. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Arch. Phil. Droit*, t. 24, 1979, p. 259 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°4.3, p. 218 ; R. LIBCHABER, *Répertoire de Droit civil – Les biens*, D. 2009.

propriétaire³⁸⁷. Or cette exclusivité semble résulter de la volonté de l'individu de réserver une chose au regard des autres. À la recherche d'une définition du bien juridique, MOUSSERON, dans un article désormais célèbre, a proposé un éclairage sur le lien entre l'appropriation et la valeur d'une chose³⁸⁸. Définissant la propriété comme un pouvoir de puissance de la personne sur la chose, l'auteur constate que le droit est inhérent à la personne. En analysant le processus d'appropriation d'abord et celui du transfert de propriété ensuite, il constate que ce sont les utilités et la valeur de la chose qui ont besoin d'être réservées, de faire l'objet de la propriété. Pour lui, ces éléments préexistent à la qualification du bien juridique³⁸⁹. Mais qu'est-ce que l'utilité et qu'est-ce que la valeur ? Quels liens entretiennent ces notions ?

108. Les liens entre utilité et bien. – La question des relations entretenues entre les notions d'utilité et de bien revient à se demander s'il existe, entre ces termes, un rapport de conséquence ou de correspondance, d'assimilation de l'un à l'autre³⁹⁰. Le bien est ce qui est bon et, le Droit étant orienté vers les individus, il s'agit plus précisément de ce qui est bon pour l'Homme. L'utilité est une composante du bien-être car ce qui est utile est orienté vers une fin voulue. Elle est alors nécessaire au bien car l'utilité de telle chose permet de déterminer la capacité de cette chose à la satisfaction de telle personne³⁹¹. Ainsi, l'utilité est un moyen : elle permet de faire le lien entre la chose et ses qualités d'un côté et la fin poursuivie par l'Homme de l'autre³⁹². Dans ce domaine, il s'agit toujours de l'utilité **de** quelque chose **pour** quelqu'un. En d'autres termes, ce que nous appelons « utilités de la chose » renvoient à ce que la chose a à offrir à l'Homme en vue de sa satisfaction. En ce sens,

³⁸⁷ Cf. *supra* (n°41 et s.)

³⁸⁸ R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui », *D.* 1959, n°494 et s. p. 166 ; J.M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 277 ; dans le même sens, P. BERLIOZ propose une définition du bien fondée exclusivement sur la valeur quoiqu'il ne retienne *in fine* que le critère de la saisissabilité pour qualifier le bien : v. *La notion de bien*, LGDJ 2007.

³⁸⁹ J.M. MOUSSERON, *op. cit.* : ce dernier auteur écrit cependant que « le concept de valeur n'acquiert, donc, tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation ; il suppose donc une vie à plusieurs. (...) Par « biens » nous entendrons tout élément, matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale. » ; pour lui, la valeur préexiste donc au bien. D'autres ont également pu écrire que « Le terme *bien* entretient des liens étroits, sinon consubstantiels, avec l'idée de valeur. Sur le terrain éthique, le bien est une valeur morale. Sur le terrain économique (...), le bien est une valeur d'échange. » : W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°1, p. 1 ; dans le même sens, R. LIBCHABER, *répert. préc.*, n°16 et s.

³⁹⁰ D'ailleurs le bien est défini par certains dictionnaires comme « ce qui est utile, nécessaire, profitable à quelqu'un, à la collectivité ou à quelque chose » : *Larousse - Dictionnaire de la langue française*, 2016 ; même sens et même emploi du terme *utile* : *Le Petit Robert - Dictionnaire*, 2012.

³⁹¹ C'est ainsi que le langage courant définit l'utilité : « aptitude ou caractère d'un bien à satisfaire un besoin ou à créer les conditions favorables à cette satisfaction » : *Larousse préc.* ; même sens, *Le Petit Robert, préc.* ; VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, 1764 : « L'utile est ce qui répond à la satisfaction des besoins physiologiques des hommes ».

³⁹² En ce sens, J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

l'utilité est l'essence de la chose dans son rapport avec un homme déterminé. L'horloge a pour utilité de mesurer le temps. Cette qualité de l'objet vise la satisfaction du sujet au moment où ce dernier cherche à connaître l'heure ; c'est un moyen pour lui de se repérer dans le temps. Certains écrivent que « l'utilité des choses, parce qu'elle n'a de sens que dans un rapport à l'individu, n'est pas simplement objective³⁹³ » mais plus encore, elle est éminemment subjective. En effet, là où l'exclusivité – et par conséquent, l'appropriation – est vaine, le lien d'utilité entre la chose et l'homme demeure. Ainsi Robinson, sur son île déserte, peut interagir avec le monde des objets pour leur utilité sans qu'une réservation de ceux-ci ne soit nécessaire³⁹⁴. Dans un système où la propriété est (encore) remarquablement individuelle, l'utilité est nécessairement exclusive et donc prise au regard d'un seul sujet³⁹⁵. L'utilité engendre donc l'action de l'homme sur la chose mais elle n'en justifie pas, à elle seule, l'appropriation dans sa dimension d'exclusivité.

109. Les liens entre utilité et valeur. – Les choses utiles ont de la valeur aux yeux de l'homme : il convoite la chose qui acquiert ainsi une valeur d'usage, il veut la faire sienne car il y voit une utilité, il destine la chose à un usage³⁹⁶. En ce sens, utilité et valeur d'usage semblent synonymes. Il convient en revanche de distinguer deux sortes de valeurs depuis les travaux d'ARISTOTE : valeur d'usage et valeur d'échange³⁹⁷. Or la première, subjective ou, du moins, orientée ou personnalisée, préexiste à la seconde³⁹⁸. Dès lors que les valeurs d'usage ou les utilités que deux personnes voient dans une même chose se rencontrent³⁹⁹ – et

³⁹³ W. DROSS, *op. cit.*, n°11, p. 14.

³⁹⁴ L'idée est célèbre chez les philosophes s'étant intéressé à la propriété : v. ARISTOTE, *Politique*, éd. Vrin 1995, Livre I, Chap. 9, 1257a – 1257b, p. 56 et s. ; J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. Flammarion 2011, coll. GF, p. 37 et s. On la retrouve également chez les juristes, v. en ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 et s., n°3.

³⁹⁵ Les nuances apportées par les « démembrements de propriété » ou la distinction du titre et de la jouissance ne remettent pas en cause le principe justement parce qu'elles ne passent pas par une multiplication de la propriété (et donc de liens de droit entre la chose et les sujets) mais par des mécanismes contractuels : v. en ce sens, D. MELEDO-BRIAND, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Mélanges CL. CHAMPAUD*, Dalloz 1997, p. 467 et s.

³⁹⁶ Utilité et valeur d'usage renvoient donc à la même chose : v. R. LIBCHABER, *ibid.*, W. DROSS, *ibid.*, et du même auteur : « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, n°7, p. 422.

³⁹⁷ V. sur les développements d'Aristote, W. DROSS, *ibid.* ; G. ROMEYER-DHERBEY, « Chose, cause et œuvre chez Aristote », *Arch. Phil. Dr.* 1979, t. 24, p. 127 et s., spéc. p. 135-136.

³⁹⁸ Un auteur écrit ainsi justement que « la valeur d'échange est toujours tributaire des utilités fonctionnelles des choses » : A. TADROS, th. préc., n°90, p. 100.

³⁹⁹ Deux personnes peuvent voir des utilités différentes dans une même chose : la terre peut être utile à l'un en vue de sa culture et à l'autre aux fins de construire un édifice. Chacun voit donc dans la chose, une valeur d'usage différente. C'est la rencontre des volontés, de la convoitise de chacun sur la même chose qui fait naître la valeur d'échange ; dans le même sens : G. ROMEYER-DHERBEY, *ibid.* ; v. également, FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica 2007, n°127 et s., p. 135 et s.

Il est alors possible d'identifier la valeur d'usage (ou l'utilité) à la cause subjective de la réservation, au mobile pour lequel une personne veut se réserver telle ou telle chose. A l'inverse, la valeur d'échange peut être réduite

que la chose a donc vocation à circuler – la société, et plus largement, le Droit doivent lui reconnaître une valeur d'échange⁴⁰⁰. Il est alors possible d'affirmer que le droit se désintéresse de la valeur d'usage pour ne retenir que la valeur d'échange⁴⁰¹ car la première relève de la volonté individuelle – ou plus précisément de la convoitise d'un seul – quand la seconde fait entrer la chose dans le collectif⁴⁰². Or « l'altérité constitue la condition *sine qua non* de toute intervention du droit »⁴⁰³.

110. Les liens entre valeurs et appropriation. – L'appropriation est la création d'un rapport d'exclusivité entre une chose et une personne⁴⁰⁴. Elle est rendue nécessaire par la recherche d'une protection de la jouissance absolue contre la menace et la convoitise des autres. La propriété a donc une double dimension : interne et externe⁴⁰⁵. Le lien d'appartenance entre la chose et le propriétaire ne concerne que la chose et le propriétaire. C'est donc un lien interne. Mais la propriété n'est pas qu'un simple lien d'appartenance mais aussi un lien d'exclusivité. Or celui-ci ne concerne plus uniquement la chose et le propriétaire mais également les tiers. Il y a ici l'idée d'une certaine extériorité. Or si la valeur d'usage justifie l'appropriation dans sa dimension interne puisque l'homme ne s'approprie les choses

à la cause contrepartie recherchée par chacun, dans l'opération sur la chose avec autrui ; en ce sens, v. R. SAVATIER, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1 et s. ; « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », p. 331 et s.

⁴⁰⁰ Le Professeur LIBCHABER donne à la valeur d'échange, une définition qui force l'approbation : « la valeur [d'échange] n'est rien d'autre qu'un mode de comparaison, un rapport entre les choses qui surmonte leurs différences pour les envisager d'un point de vue unique. La caractéristique de la valeur est à cet égard de proposer un point de vue social : la comparaison entre les choses ne tient pas à leurs caractéristiques intrinsèques, mais au regard que la société porte sur eux. » ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ 1992, n°48, p. 39. Il est aisé de voir, à partir de cette définition, que la valeur d'échange est, à l'image de la propriété, une abstraction créée dans l'unique dessein de favoriser les rapports entre individus. En ce sens, la valeur doit se confondre avec le bien ou, plus précisément, elle correspond à son évaluation à un moment déterminé, moment qui correspond à l'événement qui opère la circulation de ce bien ; dans le sens de l'analyse de la valeur comme composante du bien, B. CHAFFOIS, *La plus-value : étude juridique*, th. Paris 1, 2018.

⁴⁰¹ V. MERCIER, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM 2005, n°189, p. 97 : « toutes les choses ne sont pas susceptibles d'appropriation. Il faut encore que la chose ait une certaine valeur pour qu'elle intéresse le droit. (...) Les autres choses, comme le corps humain, par exemple, qui dispose d'une valeur mais dont celle-ci ne peut pas faire l'objet d'une représentation économique dans notre société, n'accèdent pas à la qualité de bien » ; en ce sens également, C. VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999, p. 688.

⁴⁰² Il n'encadre et ne peut encadrer que l'intersubjectivité et non la seule subjectivité : en ce sens, E. LÉVY, *Les fondements du droit*, Libr. Félix ALCAN, 1933, p. 87 ; contra, A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz 2013, n°90-91, p. 100-101.

⁴⁰³ S.M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai d'un renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, éd. IRJS 2018, n°259, p. 165.

⁴⁰⁴ Cf. *supra* (n°41 et s.).

⁴⁰⁵ L'idée n'est pas nouvelle et a notamment inspiré les théories relatives à l'opposabilité *erga omnes* des droits et surtout de la propriété : L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théories*, th. Toulouse 1912 ; et du même auteur, « A propos d'une renaissance du *jus ad rem* et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* 1963, p. 557 et s. ; v. également W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principe ? », *RRJ* 2012/5, p. 2230-2231.

que pour leurs utilités, l'intromission d'un corps étranger dans la relation sujet/objet fait en revanche apparaître la valeur d'échange⁴⁰⁶. C'est ce qui explique pourquoi la relation entre Robinson et les choses qui se trouvent sur l'île déserte ne concerne que la valeur d'usage de ces choses et non la valeur d'échange⁴⁰⁷. C'est également ce qui explique pourquoi seule la valeur d'échange est utile à la caractérisation de la propriété juridique et, partant, de la qualification du bien en Droit⁴⁰⁸. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer l'évolution du Droit quant aux déchets⁴⁰⁹.

111. La réduction du bien à une valeur appropriée. – Le bien juridique correspond donc à une valeur qui, parce qu'elle est partagée par la collectivité, peut être échangée et doit être appropriée⁴¹⁰. Cette définition du bien trouve d'ailleurs un écho en droit européen puisque la CEDH n'hésite pas à réduire le bien à la valeur et notamment à un « intérêt économique substantiel⁴¹¹ ». Il est en réalité difficile de savoir si l'appropriation est justifiée par l'échange ou si elle le fait naître. Quoiqu'il en soit, il n'est d'échange sans appropriation et il n'y a d'appropriation sans échange potentiel⁴¹². En ce sens, les choses qui sont exclues de l'appropriation et de l'échange sont, bien qu'ayant une valeur d'usage, exclues de la

⁴⁰⁶ Dans le même sens, le professeur DROSS écrit : « la valeur d'usage des choses naît de leur aptitude à satisfaire les besoins humains : elle exprime les qualités immédiates de la chose pour l'homme. La valeur d'échange n'émerge au contraire que de manière médiate, dans la relation à autrui » : *ouvrage préc.*, n°24, p. 36 ; même auteur, *art. préc.*, n°25, p. 431-432.

⁴⁰⁷ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583 et s.

⁴⁰⁸ Ainsi, lorsque les manuels écrivent que « les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation », il faut voir que la chose est nécessairement utile – elle a donc une valeur d'usage – et qu'elle doit être appropriée – elle doit donc être réservée et acquiert par là même une valeur d'échange ; citation de FR. ZÉNATI & TH. REVET, *op. cit.*, n°2, p. 18. En ce sens, et malgré le recul du critère de valeur, le bien demeure défini par celle-ci : R. LIBCHABER, *Répert. préc.*, n°16 et s et n°92 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n°316, p. 571 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°4-12 et s., p. 229 et s.

⁴⁰⁹ Le Droit est aujourd'hui amené à traiter les déchets comme des biens alors qu'il s'en désintéressait encore il y a peu. En ce sens, v. R. LIBCHABER, *Répert. Dalloz Civ.* V°Bien, n°17 ; du même auteur, v. « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil – Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 297 et s., spéc. n°57, p. 361 ; D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD Civ.* 2006, p.663.

⁴¹⁰ La propriété privée semble ainsi rattachée à la valeur d'échange mais celle-ci n'efface pas la valeur d'usage qui justifie l'intérêt de l'homme à l'égard de la chose, sa volonté de l'utiliser. Sa volonté de la réserver, de la faire sienne est en revanche liée à la valeur d'échange. On retrouve ce raisonnement lorsqu'intervient la propriété publique : les articles 545 du Code civil et 17 de la DDHC rendent compte de la valeur d'usage du bien exproprié, laquelle justifie la volonté des autorités publiques de l'appréhender. L'indemnisation offerte au propriétaire révèle en revanche la valeur d'échange contenu dans le bien juridique.

⁴¹¹ CEDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, n°. 48939/99, note J.P. MARGUENAUD, *GACEDH*, n°64, p. 690.

⁴¹² Dans le même sens, A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 et s. : l'auteur écrit ainsi que « le noyau dur de la patrimonialité est constitué par tous les biens même s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être. C'est la capacité qu'a le bien de changer indéfiniment de titulaire qui lui donne sa qualité de bien patrimonial », nous soulignons. Dans le même sens, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 581 et s. ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°9-10, p. 21-22.

catégorie des biens juridiques. C'est le cas notamment des choses communes⁴¹³. Ces deux critères cumulatifs permettent donc de passer de la chose au bien, du fait au droit. Pourtant si telle est la définition juridique du bien et que tous les biens servent, selon la lettre de l'article 2284, de garantie aux dettes, toutes les choses appropriées doivent intégrer le patrimoine et doivent pouvoir désintéresser, ne serait-ce que potentiellement, les créanciers. Mais cette accessibilité à l'échange, condition de l'appropriation, ne vient-elle pas confondre appropriabilité, commercialité et patrimonialité ?

2. *L'insuffisance du seul critère de valeur approprié : l'exemple des choses hors-commerce*

112. Les biens et les choses hors-commerce. – Au regard du droit positif, il convient de voir que toute valeur accessible à l'échange (et étant donc appropriée) ne peut, de façon totale et absolue, recevoir la qualification de bien juridique au sens de l'article 2284. Se pose en effet la question de savoir si les choses dites « hors-commerce » sont des biens. Définie de façon négative, cette catégorie correspond à toutes les choses qui ne peuvent faire l'objet de convention⁴¹⁴. Conformément aux critères de définition du bien, la question appelle une réponse affirmative. La Cour de cassation a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la chose hors-commerce est objet de propriété⁴¹⁵. Ces choses sont par ailleurs pourvues d'une valeur, qui plus est d'échange, puisqu'il existe dans nos sociétés des choses que le Droit refuse de reconnaître et qui pourtant font l'objet d'une aliénation. On peut songer en premier lieu à toutes les choses contrefaites ; de la même manière, les stupéfiants sont régulièrement admis

⁴¹³ La chose commune ne peut être appropriée (art. 714, C. Civ.) pour la seule raison qu'existant de manière quasi-illimitée, elle n'a pas besoin de faire l'objet d'une réservation *exclusive*. Ainsi, il est certes admis que l'eau soit appropriée et ensuite commercialisée, il en va de même pour l'air qui est mis en bouteille pour être vendu ensuite. Mais l'explication technique qui fonde cette exception réside dans le fait que l'appropriation de ces choses n'est qu'une appropriation partielle : lorsqu'une personne prend tel volume d'eau pour en faire sa propriété, elle ne s'est pas appropriée la totalité de l'eau mais seulement une fraction de celle-ci ; en ce sens, J. BARALE, « Le régime juridique de l'eau, richesse nationale », *RDJ* 1965, p. 587 ; M. RÉMOND-GOULLAUD, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, p. 27 ; M.A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ 2006, n°84, p. 96 ; CH. LARROUMET, *Les Biens – Droits réels principaux*, Economica 2006, n°967 ; M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF 2017.

⁴¹⁴ Ancien article 1128, supprimé par la réforme du Droit des obligations, ordonnance du 10 février 2016. La catégorie n'existe désormais qu'à travers les dispositions de l'article 1598 qui dispose que « tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». *A contrario*, tout ce qui est exclu du commerce ne peut être vendu. L'analyse de cet article soulève plusieurs remarques : envisagée exclusivement dans le domaine de la vente, la chose hors-commerce semble d'abord se confondre avec la chose inaliénable. Par ailleurs, le texte ne répond pas à la question de savoir si de telles choses doivent ou peuvent être qualifiées de biens juridiques.

⁴¹⁵ Com, 24 sept. 2003, n°01-11504, Bull. Civ. IV, n°147, *D.* 2003, p. 2683 ; *RTD Civ.* 2003, p. 703 ; Crim, 5 nov. 1985, n°85-94640, Bull. Crim., n°340.

sur un marché. Il faut alors constater ici qu'il existe aux côtés du marché juridique, un marché factuel. Si le Droit civil semble se désintéresser de ce dernier, il faut néanmoins admettre que d'autres branches l'encadrent. Ainsi en est-il de la fiscalisation des activités illicites⁴¹⁶. Si l'imposition des revenus tirés de la vente de stupéfiants n'équivaut pas à une reconnaissance de cette activité, la prise en compte de la réalité d'un tel marché est nécessaire. Ces choses ne sont donc pas dépourvues de valeur d'échange, mais correspondent simplement à des valeurs que le droit civil, pour des raisons politiques et/ou morales, décide d'écarter. Nombreux sont ainsi les auteurs qui considèrent la « chose » hors-commerce comme un bien juridique⁴¹⁷, d'autres considèrent en revanche que la propriété dépasse la distinction entre chose et bien⁴¹⁸.

113. Le positivisme des catégories. – Au regard de la diversité des choses, il semble opportun de voir dans la détermination de la chose hors-commerce, une grande part de positivisme. C'est en effet le législateur qui, par des règles particulières, expose ce qui relève ou ce qui est écarté du commerce juridique⁴¹⁹. Les choses hors-commerce correspondent donc techniquement à des biens – au regard de la valeur et de l'appropriation⁴²⁰ – mais auxquels le Droit objectif refuse cette qualification. La commercialité a ainsi « pour objet de mettre en exergue un certain nombre d'éléments dont le statut privilégié est nécessaire à l'idée que l'on se fait de l'homme et de la collectivité⁴²¹ ». Les choses hors-commerce peuvent alors être définies comme celles qui ont une valeur économique mais qui sont dépourvues de toute valeur juridique⁴²². Cette part de positivisme dans la qualification du bien révèle l'insuffisance du seul critère de la valeur. Cette reconnaissance de telle ou telle valeur par le Droit est non seulement utile mais elle est aussi nécessaire car c'est ce Droit qui

⁴¹⁶ Le Conseil d'État a rappelé dans un arrêté du 18 mars 1981 (CE 18 mars 1981, no 6404 et 7359) que les profits retirés du trafic de stupéfiants constituent des revenus imposables dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux. Il n'y a en effet pas lieu de réserver aux revenus provenant d'activités illégales un traitement plus favorable que celui qui est réservé aux revenus de source licite.

⁴¹⁷ V. par exemple, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°24 et s., p. 65 et s.

⁴¹⁸ En ce sens par exemple, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit des biens*, Précis Dalloz 2015, n°14, p. 20.

⁴¹⁹ Certaines études ont proposé de voir dans l'extra-commercialité, une protection de la personne humaine : v. notamment, I. MOINE, *Les choses hors commerce – Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ 1997. Selon l'auteure, sont exclues de ce commerce juridique, les choses qui sont à la frontière des choses et des personnes ; c'est donc le rattachement nécessaire à la « survie juridique de la notion de personne humaine » qui constitue le critère déterminant de la chose hors-commerce. V. contra, S.M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur d'un renouvellement des droits de la personne sur son corps*, th. Paris 1, 2015, n°75 et s. p. 73.

⁴²⁰ Il conviendra de voir plus tard que le lien qui unit ces choses à leur « propriétaire » peut trouver une autre qualification que la propriété qui n'est pas satisfaisante : cf. *infra* (n°471 et s.).

⁴²¹ R. LIBCHABER, *Répert. Dalloz. Civ.*, « Les biens », n°89.

⁴²² Le Code civil va d'ailleurs en ce sens puisque l'article 1128 qui traite des choses hors du commerce n'exclut pas l'idée de valeur mais simplement l'idée de convention portant sur lesdites valeurs : en ce sens, FR. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ 2002, n°27, p. 23.

permet de contrôler la circulation de telle ou telle chose, qui fixe les limites du commerce juridique à partir de valeurs morales communes à la société qu'il gouverne. Ainsi, la chose hors-commerce n'accède pas à la qualité de bien juridique car elle n'est pas reconnue par le Droit comme tel.

114. Le dynamisme spatial de la commercialité. – Le bien se distingue de la chose hors-commerce en ce que, s'ils constituent tous deux une valeur d'échange appropriée, seule celle du bien est reconnue par le Droit objectif quand celle de la chose est ignorée⁴²³. La commercialité résulte donc d'une reconnaissance par les règles d'un système juridique, ce qui implique que certaines choses peuvent être dans le commerce juridique de tel système tout en étant exclu de tel autre. La réglementation relative au cannabis en est aujourd'hui la meilleure illustration⁴²⁴. Cet exemple est révélateur de la plasticité de cette catégorie de chose. La chose hors-commerce peut intégrer le commerce juridique et devenir un bien selon l'évolution des mœurs et des lois. La variation de son domaine concerne à la fois l'espace – comme l'illustre les différences entre la France et les États-Unis au sujet du cannabis – mais également le temps, de sorte qu'au sein d'un même système juridique, une chose exclue du commerce à une époque peut l'intégrer à une autre. La contingence des contours de la commercialité permet d'en dévoiler les fondements : c'est une notion qui est amenée à évoluer avec les mœurs et dont les frontières sont dessinées par la culture et l'Histoire. Relevant de la morale et/ou du sacré, la commercialité juridique d'une chose dépendra de la société⁴²⁵ ; or celle-ci est également amenée à évoluer dans le temps.

115. Le dynamisme temporel de la commercialité. – Certaines choses peuvent intégrer le commerce juridique et devenir ainsi des biens. La commercialité d'une chose est notamment déterminée selon son lien avec la personne⁴²⁶ : lorsque l'intégrité ou la dignité de

⁴²³ Cf. *supra* (n°110).

⁴²⁴ Ainsi, vingt-trois États des États-Unis ont légalisé l'usage médical de la marijuana à travers les *State Medical Marijuana Laws*. A titre d'exemple, la Californie (Bill. N°SB420, Chap. 875, 2003), le Connecticut (Bill. N°5389, 2012), le Massachusetts (*Session Laws* 2012, Chap. 369), le Nevada (*NMMA, Quest.* 9, 2000) sont autant d'États qui admettent de manière contrôlée la commercialisation et l'usage médical de cette drogue. À l'inverse, le droit français maintient l'interdiction de commercialiser de telles substances et ne leur reconnaît donc pas de valeur.

⁴²⁵ C'est bien la « préservation de valeurs sociales » qui justifie le refus de commercialiser certaines choses : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°4.7, p.222.

⁴²⁶ Les débats relatifs à la commercialité du corps humain en sont le plus bel exemple : pour certains, le corps humain est exclu du commerce juridique car il relève du domaine de la personne et n'est donc pas une chose. En ce sens, M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.* 1992, p. 514 ; D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique, *LPA* 1994, p. 26 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, éd. Sirey 1976, n°6, p. 3 ; J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction - Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Vol. 1, éd. PUF 2004, n°196, p. 381 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz

cette dernière est mise en danger par la circulation d'une chose, le législateur décide d'exclure celle-ci du commerce juridique en lui refusant toute valeur d'échange⁴²⁷. Résultant d'une évolution du Droit par rapport aux usages, la chose, qui intègre le commerce juridique, semble alors se détacher de la personne pour s'agréger au domaine des biens. Cette commercialité nouvelle réalise alors un basculement du personnel au réel. Choses hors-commerce par excellence, les éléments qui constituent la personne peuvent entrer dans le commerce dès qu'ils se détachent de la personne⁴²⁸. Ainsi en est-il pour les cheveux⁴²⁹, les cellules⁴³⁰, le sang⁴³¹ ou le sperme⁴³² qui tous peuvent faire l'objet d'acte juridique et doivent donc entrer dans ce qui est appelé le commerce juridique. Au-delà de la circulation gratuite de ces choses, il arrive également que des éléments de la personne se détachent de son titulaire pour pouvoir être échangés à titre onéreux ; il en va ainsi du nom puisque « la cession à titre de marque d'un nom patronymique n'est valable que dans la mesure où son titulaire a acquis une notoriété personnelle telle qu'en raison de celle-ci il peut procéder à la cession de son nom patronymique pour un usage commercial bien défini⁴³³ ».

116. Choses hors-commerce et fonction du patrimoine. – Toutes ces choses qui deviennent biens semblent, selon la doctrine, intégrer le patrimoine grâce à la commercialité. Une certaine gêne naît cependant de cette affirmation car elle implique l'application à ces choses d'un régime identique à celui des autres éléments du patrimoine. Pourtant, il convient de constater que ces nouveaux biens demeurent soumis à des règles particulières et doivent

réédition, 2005, n°44, p. 375 ; G. CORNU, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens*, éd. Montchrestien, 2005, n°479, p. 215 ; S.M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, th. Paris I, 2015, n°82 et s., p. 73. En revanche, pour d'autres, le corps humain, quoique rattaché à la personne, est bien une chose : B. LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Revue Droits* 1991, t. 13, p. 111.
⁴²⁷ La commercialité ne concerne pas seulement les éléments du corps humain mais également toutes les choses qui sont contraires au caractère sacré de la personne et des valeurs communes de la société. Le critère de danger est ainsi entendu au sens très large. Les stupéfiants, les contrefaçons ou les déchets sont ainsi considérés comme dangereux dans la mesure où leur circulation peut nuire physiquement ou symboliquement à la personne humaine. En ce sens, I. MOINE, *Les choses hors commerce – Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, spéc. p. 133 et s.

⁴²⁸ En ce sens, au sujet du nom, v. G. LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ 1997, n°382 et s., p. 378 et s. ; M. VIVANT, « Le patronyme saisi par le patrimoine », in *Mélanges A. COLOMER*, LGDJ, 1993, p. 517 ; pour des développements similaires relatifs à la voix et à l'image de la personne : Ph. DUBOIS, *Le physique de la personne*, Economica, 1986 ; E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, Chron. 61 ; D. ACQUARONE, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.* 1985, Chron.129 ; M. SERNA, « La voix et le contrat : le contrat sur la voix », *CCC* 1999, Chron. 9.

⁴²⁹ Art. L.665-16, Code de la santé publique.

⁴³⁰ Art. L. 672-1 et s., Code de la santé publique.

⁴³¹ Art. L. 666-1 à L.666-13, Code de la santé publique.

⁴³² Art. 13, Loi du 31 déc. 1991.

⁴³³ TGI Paris, 27 juin 1984, P.I.B.D. 1985, III, n°362, p. 64, JCP G 1986, II, 20582, note R. PLAISANT.

être exclus du patrimoine⁴³⁴. Eu égard à la fonction du patrimoine les choses hors-commerce ne peuvent être saisies par le créancier qui cherche à être payé. L'évolution de cette catégorie d'objet force à revoir la lecture traditionnelle de l'article 2284 : il s'agit de considérer soit, que le patrimoine ne comprend pas tous les biens, soit que les choses hors-commerce ne sont pas des biens⁴³⁵. Il faut alors reconsidérer, non pas la définition du bien, mais les frontières qui déterminent les catégories de biens : il s'agit de distinguer commercialité et patrimonialité⁴³⁶ d'abord, et de séparer ensuite les biens juridiques, catégorie large, des biens patrimoniaux, catégorie plus restreinte⁴³⁷.

B. La notion de bien patrimonial

117. Le patrimonial et l'extrapatrimonial. – Dans sa version d'origine, la théorie du patrimoine proposait une distinction entre les choses, tant d'un point de vue phénoménologique que d'un point de vue juridique. C'est alors l'évolution, plus tardive, de la théorie qui viendra brouiller les frontières entre ces différentes catégories. Pourtant, le Droit positif actuel tend à reprendre la distinction originale entre patrimonial et extrapatrimonial (1). Les règles éparses qui traitent de l'extrapatrimonial peinent pourtant à

⁴³⁴ Fr. ZÉNATI, *Essai sur la nature de la propriété – Contribution à l'étude du droit subjectif*, th. Lyon, 1981, n°571, p. 787 : « Non seulement la frontière entre la patrimonialité et l'extrapatrimonialité est incertaine, mais l'hypothèse de l'extrapatrimonialité admise ne signifie pas pour autant que la chose qu'elle affecte est hors-commerce » ; l'auteur sous-entend alors qu'il existe des choses, dans le commerce juridique, qui sont pourtant extrapatrimoniales. V. aussi A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 et s., spéc. n°2, p. 806 : « le noyau dur de la patrimonialité est donc constitué par tous les biens qui, même s'ils sont pourvus d'un légitime possesseur, ne sont pas rattachés à ce dernier au point de faire partie de son être. C'est la capacité qu'a le bien de changer indéfiniment de titulaire qui lui donne sa qualité de bien patrimonial ». Ici aussi, l'auteur suggère qu'aux côtés du bien patrimonial, existerait une autre catégorie de biens.

⁴³⁵ C'est d'ailleurs sur ce postulat qu'un auteur a proposé de redéfinir le bien en remplaçant les critères classiques par celui de saisissabilité : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, LGDJ 2003. La thèse a l'avantage de rétablir la cohérence entre le patrimoine et sa fonction d'un côté et la classification des choses de l'autre : cf. *infra* (n°133). Ce faisant, l'auteur exclut néanmoins les choses insaisissables de la catégorie de bien ; ne pouvant également entrer dans la sphère des personnes, ces objets insaisissables ne correspondent donc plus à aucune catégorie juridique.

⁴³⁶ En ce sens, des auteurs ont pu écrire qu'une « chose peut être dans le commerce sans être pour autant patrimoniale » : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°265, p. 224.

⁴³⁷ D'autres l'ont écrit avant et il suffit pour s'en convaincre de reprendre les exemples traditionnellement donnés : « soit une personne qui bénéficie d'une pension alimentaire. Le droit aux aliments, en raison de son caractère nécessaire pour assurer la vie du sujet, est incessible et insaisissable. Placé « hors du commerce », il échappe donc à la corrélation avec le passif du patrimoine. Et pourtant il est parfaitement évaluable en argent. LA preuve en est que les tribunaux adaptent le montant de la pension aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur en chiffrant les arrérages. Il ne s'agit nullement d'un droit moral, mais bien d'un droit à finalité économique. » : J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1982, n°207, p. 164.

dessiner clairement les contours de cette catégorie, justifiant ainsi la nécessité de déterminer un critère de qualification du patrimonial (2).

1. Les origines théoriques de la distinction entre patrimonial et extrapatrimonial

118. L'extérieur et l'inné chez KANT et ZACHARIAE. – L'étude du Code Napoléon par ZACHARIAE le pousse à établir une distinction des choses, étrangère à la tradition romaniste du système juridique français⁴³⁸. Il entend par « bien juridique » tous les objets de droit du monde extérieur, c'est-à-dire tout ce qui relève des phénomènes au sens kantien du terme⁴³⁹. Ainsi, le phénomène ou le monde extérieur renvoie à tout ce qui peut être perçu par les sens et qui fait l'objet d'un droit⁴⁴⁰. En ce sens, l'auteur allemand considère les personnes comme des objets de droit en ce qu'ils sont extérieurs à un sujet considéré⁴⁴¹. Autrement dit, toute personne est objet d'un droit pour une autre personne : le débiteur est objet d'un droit détenu par le créancier⁴⁴². Pour être plus exact, il désigne comme biens juridiques les droits eux-mêmes, ceux qui portent sur les phénomènes. ZACHARIAE poursuit son analyse en insérant, au sein de cette catégorie, une subdivision où l'influence de la philosophie kantienne est confirmée⁴⁴³. Il voit ainsi, parmi les biens, ceux qui sont innés et ceux qui sont strictement

⁴³⁸ La qualification du bien juridique fondée sur l'appropriation semble tirée de la tradition romaine et de l'analyse de GAÏUS. Le système juridique français repose ainsi sur une distinction essentielle : les choses appropriées et les choses non-appropriées. En ce sens, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°13, p. 49 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 2015, n°9, p. 21 ; G. CORNU, *Droit civil – Les biens*, J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ-Lextenso 2010, n°1, p. 1 ; CH. ATIAS, *Les biens*, LexisNexis 2014, n°2, p. 1. La chose semble d'ailleurs devenir juridiquement bien dès lors qu'elle est appropriable (cf. *supra* : n°106). Or ZACHARIAE semble se fonder sur un tout autre critère pour définir le bien juridique.

⁴³⁹ C'est d'ailleurs en ce sens que KANT distingue « les choses en soi » des « phénomènes » : E. KANT, *De la forme et des principes du monde sensible et du monde intelligible* (également appelé *Dissertation de 1770*), éd. Académie de Berlin 1770, t. II, §3-4, I, p. 637. Cette opposition correspondrait chez les juristes à une distinction entre les choses et les biens juridiques ; les premières seraient alors les choses matérielles à existence concrète et qui existent dans le monde indépendamment de l'homme et de sa perception desdites choses. Les seconds en revanche sont une représentation des premières, les choses telles qu'elles apparaissent à l'homme et à travers ses sens. Cette seconde catégorie peut être transposée en Droit si l'on admet que le bien est la représentation d'une chose dans un système juridique créé.

⁴⁴⁰ Lecture de ZACHARIAE par M. XIFARAS, th. préc., p. 212 et s. ; v. également FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°251, p. 210.

⁴⁴¹ V. sur l'opposition sujet et objet de droit, V. Y. THOMAS, « Res, choses et patrimoine », *Arch. Phil. Dr.* 1980, t. 25, p. 413 et s.

⁴⁴² L'analyse demeure cohérente à l'égard de la division sujet/objet car ZACHARIAE déplace la distinction : au lieu de la voir au niveau de ce sur quoi porte le droit, il la place au niveau des droits eux-mêmes. Ainsi, la personne est un bien au sens kantien puisque celle-ci peut faire l'objet d'un droit mais ce droit est qualifié de personnel par opposition au droit réel.

⁴⁴³ Plusieurs auteurs voient cette influence de l'un sur l'autre : M. XIFARAS, th. préc., notamment, p. 212 et s. ; FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p.861 et s.

extérieurs. Les premiers correspondent à une catégorie hybride car, bien qu'extérieurs, ces objets renvoient à une certaine intériorité en ce qu'ils sont attachés à la personne de laquelle ils sont issus. Par exemple, le corps est un phénomène, un objet concrétisé dans le monde matériel, mais il est indissociable de la personne⁴⁴⁴. Partagés entre le monde extérieur et l'intériorité, ces objets viennent troubler la distinction des phénomènes et des noumènes, des objets et du sujet.

119. L'application de la distinction en droit positif. – L'approche philosophique kantienne du monde trouve son équivalent en droit positif⁴⁴⁵. Les problèmes soulevés par la catégorie intermédiaire de « biens innés » chez KANT est également présente à travers la distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial en Droit⁴⁴⁶. Le dernier alinéa de l'article 16-1 du Code civil dispose par exemple que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Dans ces lignes, le corps est présenté tel un objet – voire un objet de droits à l'exclusion de tout droit patrimonial – ce qui correspond indubitablement à la définition des phénomènes de KANT. L'extériorité de cet objet est une observation tirée de son existence dans le monde matériel des choses ; il est physiquement saisissable ou, dira-t-on, palpable⁴⁴⁷. En ce sens, le corps humain est une chose et, à retenir la définition de ZACHARIAE, c'est un bien juridique puisqu'il fait l'objet de droits quoique ceux-ci ne soient pas « patrimoniaux ». Pourtant, le sens de l'article 16-1 invite à considérer ce « bien » comme doté d'une protection particulière pouvant être légitimé par « l'intériorité » de l'objet ou, en d'autres termes, par sa confusion avec la personne juridique. Ainsi, la distinction entre l'extérieur ou l'acquis et l'intérieur ou l'inné de ZACHARIAE trouve une traduction juridique dans l'adjectif employé à l'article 16-1 : il s'agit de la distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial. Quant à la catégorie hybride des « biens innés » de la

⁴⁴⁴ L'auteur écrit ainsi : « parmi les biens, on distingue les biens personnes ou innés et les biens extérieurs ou acquis. Les biens innés se confondent avec l'existence même de la personne titulaire de droits sur eux. » : K.F. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, I, §168, p. 356, trad. par. V. LASSÈRE, in *La doctrine du patrimoine de Zachariae*, mémoire de DEA, Paris II, 1995, p. 35.

⁴⁴⁵ « Les biens sont, en première approximation, tous les objets possibles des désirs individuels, mais des désirs qui peuvent être satisfaits ; ils sont donc l'autre des personnes, ce qui pour elles constituent le monde extérieur, en tant qu'il peut être appréhendé, utilisé, consommé... (...) En ce sens, les biens sont très généralement des « choses », ce terme étant pris dans l'acception la plus floue possible » : R. LIBCHABER, *Répert. Dalloz*, V°Biens, n°5.

⁴⁴⁶ P. ESMEIN dans sa version des œuvres D'AUBRY et RAU l'écrit d'ailleurs : « ils (AUBRY & RAU) disaient qu'en théorie pure le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, même les biens qu'ils appellent innés, et qu'on nomme plus volontiers aujourd'hui les droits de la personnalité » nous soulignons ; AUBRY & RAU, par P. ESMEIN, *Droit civil français*, t. IX, Libr. Tech. de la Cour de cassation, 1953, §573, p. 306.

⁴⁴⁷ Le Professeur REVET écrit à ce sujet que « le corps, en tout comme en partie, est une réalité matérielle, une entité qui évoque les *res quae tangi possunt* – ces choses que l'on peut toucher, disaient les Romains » : TH. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD civ.* 2017, p. 587, n°3.

théorie allemande, elle pourrait correspondre à celle des « droits patrimoniaux à caractère personnel⁴⁴⁸ » proposée par certains auteurs. En d'autres termes, « il existe donc, à la frontière de la personne et du patrimoine, des attributs de la première qui, bien que susceptibles d'une appréciation en argent, ne sont pas inclus dans le second⁴⁴⁹ ». Cette analyse appelle cependant des précisions car, quoique convaincante, elle repose sur une définition du bien juridique qui semble minoritaire, ou du moins qui ne correspond pas à la définition actuellement retenue⁴⁵⁰.

120. La réception de la distinction en doctrine. – Les auteurs de la doctrine se sont penchés sur cette sous-division des biens. En dehors de l'hypothèse d'une confusion entre le patrimonial et la totalité des biens⁴⁵¹, l'étude de l'extrapatrimonial a souvent mené à une catégorisation des éléments de la personnalité juridique. Respectant la *summa divisio* qui oppose les choses à la personne, l'intuition première de certains consiste à chercher les composants de l'extrapatrimonial du côté de la personne juridique. Étant nécessairement exclus de l'univers des biens et, partant, du patrimonial, les droits de la personnalité ne pouvaient qu'appartenir à la catégorie restante : les personnes ou l'extrapatrimonial⁴⁵². Mais cette confusion, infondée, entre le patrimonial et les biens d'un côté, et entre la personne et l'extrapatrimonial de l'autre, invite à redéfinir la distinction. D'autres se sont ainsi intéressés à la question des « biens extrapatrimoniaux » comme catégorie de biens en dehors du patrimoine⁴⁵³. Il s'agit de considérer ici des sous-catégories de biens : plutôt que d'assimiler la distinction entre patrimonial et extrapatrimonial à celle, plus connue, qui oppose objet et

⁴⁴⁸ Catégorie proposée par J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. Aix-en-Provence, 1979 ; v. également, R. OLLARD, « Qualification de droits extrapatrimoniaux », in *Traité – Droits de la personnalité*, dir. J.C. SAINT-PAU, LexisNexis 2013, n°553 et s., p. 334 et s. Les liens entre biens innés et droits de la personnalité ont très vite fait leur chemin dans la doctrine : v. notamm. D. DEROUSSIN, « Personnalité et biens innés chez AUBRY et RAU : entre nature et abstraction », in *AUBRY et RAU : leurs œuvres, leurs enseignements*, PU Strasbourg 2006, p. 91 et s.

⁴⁴⁹ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185 et s., n°26.

⁴⁵⁰ Cf. *supra* (n°110 et s.)

⁴⁵¹ Cf. *supra* (n°112 et s.)

⁴⁵² Certains auteurs identifient alors les droits extrapatrimoniaux aux droits de la personnalité : v. H.E. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909, p. 501 et s. ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Lyon 1939 ; A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ 1960 ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971, p. 445 et s.

⁴⁵³ Ces deux alternatives ne vont pas sans rappeler les problématiques liées au patrimoine même qui, situé entre l'être et l'avoir, entre l'objet et le sujet, semble relever d'une nature ambivalente (cf. *infra* : n°209 et s.). La présentation de ces différents mouvements doctrinaux est faite par A. ZABALZA, « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in *Droits de la personnalité*, LexisNexis 2013, coll. Traité, spéc. n°42 et s., p. 23 et s. Dans le sens de cette étude, v. également, A. SÉRIAUX, art. préc. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, spéc. n°260 et s., p. 220 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583.

sujet de droit, il convient d'envisager l'extrapatrimonial comme une espèce spéciale du bien qui en constitue le genre⁴⁵⁴.

121. La pécuniarité, critère insuffisant de la patrimonialité (confusion avec l'accessibilité à l'échange). – C'est en recherchant la définition des choses ou des biens qui sortent du patrimoine, que les auteurs ont tenté de trouver un critère à la patrimonialité. Les premiers auteurs du patrimoine ont retenu la pécuniarité⁴⁵⁵. Ce caractère désormais classique de pécuniarité du bien patrimonial a survécu pendant longtemps sans être vraiment remis en cause. La longévité de la théorie D'AUBRY et RAU s'explique d'ailleurs par son caractère étonnamment contemporain⁴⁵⁶ : rallier le patrimonial au pécuniaire permet d'exclure de l'universalité, les biens ne pouvant faire l'objet d'une évaluation monétaire. Doivent ainsi être considérés comme extrapatrimoniaux les biens hors-commerce car quoique recevant une valeur, celle-ci n'est pas admise en Droit⁴⁵⁷. Sont également exclus du patrimoine, les choses qui malgré leur intégration dans le commerce juridique ne peuvent faire l'objet que d'actes gratuits. Convaincant à bien des égards, le critère semble pourtant insuffisant aujourd'hui. La division du patrimonial et de l'extrapatrimonial ne peut désormais plus reposer sur l'existence de la seule valeur pécuniaire. En effet, certains éléments du commerce juridique, pouvant d'ailleurs faire l'objet d'une cession à titre onéreux et transmissible à cause de mort, telles que l'image ou la voix, semblent pourtant devoir être exclus du patrimoine car ils sont rattachés à la personne⁴⁵⁸. Désormais, « seuls certains objets de propriété sont patrimoniaux.

⁴⁵⁴ Dans ce domaine, les idées des Professeurs ZENATI et REVET sont innovantes. Reposant sur une analyse de la personnalité juridique comme bien objet de propriété, il s'agit ici de distinguer la personne de son corps, puis de distinguer encore le corps de ses éléments : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°251, p. 210. De la même manière, une auteure écrit que « déjà, AUBRY et RAU notaient dans leur traité que les biens innés ne font pas partie du patrimoine visé aux anciens articles 2092 et 2093 du Code civil. C'était déjà reconnaître que des biens peuvent exister en dehors du patrimoine » (nous soulignons) : B. KAN-BALIVET, « Le patrimoine fiduciaire », in *Personne et patrimoine en Droit – Variation sur une connexion*, éd. Bruylant 2014, p. 177.

⁴⁵⁵ AUBRY et RAU proposent de confondre bien et valeur. Le patrimoine transforme le bien en valeur, il le remplace. Il y a alors cette idée selon laquelle le bien se réduit à la valeur. Les critères d'utilité et d'extériorité disparaissent alors au profit d'un critère unique : la valeur pécuniaire. Le patrimoine devrait comprendre toutes les choses ayant une telle valeur. La distinction entre l'inné et l'extérieur disparaît alors et il n'y a plus lieu de prendre en compte les « biens innés », c'est-à-dire les choses qui sont à la fois extérieure et innée. V. C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français*, éd. Cosse 1863, t. II, §168. Le critère d'extériorité existait chez leur inspirateur, comme nous l'avons vu (cf. *supra* n°110) et d'ailleurs repris dans la première édition des auteurs strasbourgeois : C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français*, éd. Lagier 1839, t. II, §168 ; et celui de l'utilité était présent dans les éditions ultérieures de leur ouvrage : C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français*, éd. Cosse 1843 et 1857, t. II, §168.

⁴⁵⁶ FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 et s. ; A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2014, p. 547 ; J. DUBARRY & J.W. FLUMES, « Patrimoine + publicité = responsabilité limitée » ; *RLDC* 2011, p. 85.

⁴⁵⁷ Cf. *supra* (n°115)

⁴⁵⁸ Nous verrons d'ailleurs que la catégorie des biens extrapatrimoniaux repose essentiellement sur une convergence entre les catégories existantes que sont le sujet et l'objet : cf. *infra* (n°131).

Le refus qu'a pu provoquer, aux débuts du XXe siècle, la perspective d'une insertion de la personnalité parmi les objets de propriété se comprend donc si l'on observe qu'il a eu lieu en un temps où les biens étaient essentiellement, sinon exclusivement envisagés comme des entités patrimoniales⁴⁵⁹ ».

122. La cessibilité, critère toujours insuffisant. – Les auteurs les plus récents ont ainsi proposé la cessibilité comme critère de la patrimonialité⁴⁶⁰ : le bien n'intègre le patrimoine que s'il peut être cédé par son propriétaire. Innovante, cette thèse se distingue de celle de la pécuniarité en ce qu'elle permet d'intégrer dans le patrimoine, tous les objets pouvant, ne serait-ce que potentiellement, circuler juridiquement à titre gratuit ou onéreux. En d'autres termes, ce nouveau critère est bien plus satisfaisant puisqu'il permet d'expliquer la circulation de biens qui, autrefois, répugnaient à l'échange ou aux dons. Est-ce alors à considérer que l'image, le nom ou la voix d'une personne sont des biens patrimoniaux ? Qu'en est-il aussi des cellules, du sang, des cheveux⁴⁶¹ ? Au regard de la fonction du patrimoine, une réponse négative s'impose : aucun de ces éléments ne peut servir à la garantie du créancier qui souhaite obtenir paiement⁴⁶². Par ailleurs, dans l'optique d'une multiplication des patrimoines, envisager la patrimonialité sous l'angle de l'accessibilité à l'échange est peu convaincant car l'idée d'une pluralité de patrimoine a pour conséquence première la division du gage des créanciers et, partant, la création de plusieurs catégories de créanciers⁴⁶³. Or il est difficilement concevable de dire que des biens sont accessibles à l'échange pour certains mais pas pour d'autres.

123. L'insuffisance des nuances de la patrimonialité. – L'apparition de biens nouveaux ou l'admission de la commercialisation de choses autrefois considérées comme des éléments de la personne, invite alors à redéfinir les frontières du patrimonial. Des auteurs ont

⁴⁵⁹ TH. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.* 2007, p. 139 et s. ; dans le même sens et du même auteur : *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992, n°340 et s., p. 378 et s. ; v. également A. SÉRIAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Patrimoine, n°20 : « on voit ainsi que ce n'est pas parce qu'un élément du corps ou le corps tout entier fait l'objet de transactions mercantiles que pour autant il devient un bien patrimonial. » ; R. LIBCHABER, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Bien, n°79 et s. ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF 2013, n°116, p. 245 ; J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits patrimoniaux de la personnalité », *RTD Com* 2012, p. 35 et s. ; J.M. BRUGUIÈRE, « Droits "patrimoniaux" de la personnalité », *RTD Civ.* 2016, p. 1.

⁴⁶⁰ J. LAURENT, th. préc., n°162, p. 128 ; N. JULIAN, th. préc., n°48, p. 52. D'autres auteurs retiennent la même idée quoiqu'ils parlent d'accessibilité à l'échange : A. SÉRIAUX, art. préc. ; M. FABRE-MAGNAN, art. préc.

⁴⁶¹ Madame FABRE-MAGNAN exclut ces biens du patrimoine en considérant que cette « accessibilité à l'échange » doit être non seulement matérielle mais également juridique. En d'autres termes, le Droit objectif doit admettre leur entrée dans le commerce juridique pour que naisse un lien de propriété d'une part, une appartenance patrimoniale d'autre part : M. FABRE-MAGNAN, art. préc., spéc. n°11-14.

⁴⁶² En ce sens, W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, n°30, p. 434.

⁴⁶³ Cf. *infra* (n°351 et s.).

donc proposé d'apporter des nuances à ce critère de pécuniarité en proposant deux alternatives : il s'agirait de considérer ces choses comme dotées d'une double nature, à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale⁴⁶⁴. Il semble néanmoins impraticable d'avoir recours à un système distributif pour des biens quand le régime de ces derniers est normalement guidé par leur nature. En effet, les biens patrimoniaux semblent soumis à un corps de règles différent du régime des biens extrapatrimoniaux⁴⁶⁵. La qualification dicte alors les règles applicables à tel ou tel objet. Considérer qu'une chose est soumise à deux régimes diamétralement opposés ajoute davantage de complications et contredit le rôle des catégories juridiques⁴⁶⁶. L'autre proposition revient à voir des degrés dans la patrimonialité. C'est le Professeur CATALA qui, dans un article désormais célèbre, met en avant l'insuffisance des catégories existantes et propose en conséquence une gradation de la patrimonialité⁴⁶⁷. Cette piste de réflexion permet de rendre compte de la nécessité de redéfinir les catégories de biens⁴⁶⁸ et leur classification mais présente une limite : elle ne permet pas d'identifier le critère qui en détermine les contours⁴⁶⁹.

2. *La définition du bien patrimonial*

124. Nécessité de recherche d'un critère du patrimonial. – L'emploi des adjectifs *patrimonial* ou *extrapatrimonial* par le législateur invite souvent à y voir une confusion ou une distinction. Ainsi, le nouvel article 1341-1 relatif à l'action paulienne autorise le créancier à exercer « les droits et actions à caractère patrimonial » de son débiteur, « à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne ». La lecture de ces dispositions peut recevoir deux interprétations : la première consisterait à y voir une redondance, ce qui est à caractère patrimonial étant nécessairement détaché de la personne. À l'inverse, une seconde analyse de ces termes peut marquer une possible inclusion du

⁴⁶⁴ E. GAILLARD, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, p. 161 et s. ; dans une certaine mesure, v. également G. LOISEAU qui propose de retenir l'existence de « droits dérivés », in *Le nom objet du contrat*, LGDJ 1997 ; même auteur, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47.

⁴⁶⁵ Cf. *infra* (n°477 et s.)

⁴⁶⁶ En ce sens, J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°169 et s., p. 226 et s.

⁴⁶⁷ P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 185 et s. ; même sens, J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. dactyl. Aix-en-Provence 1979.

⁴⁶⁸ Ce constat est établi par la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question ; au-delà des auteurs déjà cités, v. surtout : F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705 et s.

⁴⁶⁹ Il convient de nuancer car l'auteur écrit que « la patrimonialité postule l'évaluation, mais, pour être totale, elle suppose aussi la cessibilité onéreuse et la transmissibilité à cause de mort » : P. CATALA, *op. cit.*, n°25, p. 207.

personnel dans le patrimonial. Issus du même code, les articles 379 et 425 semblent pourtant pencher vers la première interprétation puisqu'ils opposent à leur tour les attributs patrimoniaux à ceux qui sont personnels. L'article 257-2 met en revanche les intérêts pécuniaires aux côtés des intérêts patrimoniaux, l'un ne correspondant donc pas exactement à l'autre. L'incohérence de ses règles traduit un manque de rigueur dans la rédaction des nouveaux textes qui entourent la matière et invite à déterminer un véritable critère de distinction entre le patrimonial et l'extrapatrimonial.

125. La recherche d'un critère du patrimonial dans la saisissabilité. – Dans l'optique d'une redéfinition des frontières du patrimoine, il convient de revenir sur la définition de celui-ci. En tant que notion fonctionnelle, l'ensemble doit être analysé à la lumière de sa *ratio legis*, de sa raison d'être, c'est-à-dire de sa fonction. La composition active du patrimoine peut alors être déterminée de manière négative : tous les biens qui ne remplissent pas la fonction de garantie des dettes doivent être exclus du patrimoine. Il s'agit alors d'identifier le caractère, positif, qui permet aux biens patrimoniaux de remplir cette fonction. Or la garantie effective des dettes passe par la saisie des biens du débiteur par le créancier⁴⁷⁰. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine a suggéré de voir dans le bien patrimonial, les caractères de saisissabilité et de transmissibilité⁴⁷¹, mais peu d'auteurs ont proposé le premier comme unique critère de définition⁴⁷². Critiquée par certains, la

⁴⁷⁰ Le Professeur REVET écrit ainsi « La patrimonialité désigne l'appartenance d'un bien à un patrimoine, laquelle appartenance suppose que ce bien soit aliénable afin que, grâce à ce caractère, il puisse contribuer à remplir la fonction du patrimoine, qui est de constituer le gage commun de tous les créanciers (C. civ., art. 2284 et 2285) : en cas d'inexécution d'une créance, les créanciers peuvent obtenir compensation monétaire du préjudice que leur cause cette inexécution, en saisissant puis faisant vendre ou se faisant attribuer la propriété d'un ou plusieurs biens de leur débiteur ; c'est pourquoi seuls les biens aliénables du débiteur sont patrimoniaux. Il est donc erroné de soutenir, comme il est pourtant fait largement, que tous les biens sont patrimoniaux. Seuls sont patrimoniaux les biens saisissables. » : TH. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD Civ.* 2017, p. 587 et s.

⁴⁷¹ « Puisque les droits extrapatrimoniaux n'entrent pas dans le patrimoine, ils ne sont ni transmissibles à cause de mort, ni saisissables par les créanciers » : PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 2010, n°27, p. 14 ; de la même manière, d'autres constatent volontiers que les limites au droit de gage général résident effectivement dans l'insaisissabilité du bien : FR. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz 2013, n°1099 et s., p. 1146 et s.

⁴⁷² P. BERLIOZ, th. préc. ; du même auteur, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD Civ.* 2011, p. 635 et s. L'auteur pêche en ce qu'il réduit tous les biens à des biens patrimoniaux de sorte que tous les objets insaisissables ne sont donc plus des biens. Ils ne peuvent pourtant, dans la division classique entre sujet et objet, intégrer la sphère des personnes et sont donc destinés à rester en dehors du Droit. Dans le même sens : v. B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois* 2009, 38906, p. 504 et s., spéc. p. 504.

D'autres thèses, moins extrêmes, ont en revanche retenu la saisissabilité comme critère du bien patrimonial et non du bien juridique. Ainsi, certains écrivent que « en droit positif, le patrimoine pourrait se définir : l'ensemble des biens saisissables d'une personne » : H. DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge – Les principaux contrats usuels et les biens*, t. 4, éd ; Bruylant 1975, p. 560. Dans le même sens, J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2012, n°272, p. 214 : « par suite d'une longue évolution historique, la créance moderne trouve sa garantie – son crédit – dans le patrimoine du débiteur, c'est-à-dire dans l'ensemble

saisissabilité semble, de prime abord, trop contingente pour caractériser, à elle seule, la patrimonialité d'un bien⁴⁷³. Cette contingence peut être temporelle ou personnelle. En effet, certains biens sont seulement potentiellement insaisissables⁴⁷⁴. Par exemple, « l'unique table meublant le domicile du débiteur, bien mobilier nécessaire à la vie du saisi, est sans doute insaisissable. Mais si par la suite, le débiteur s'enrichit pour en acquérir une seconde de qualité équivalente, l'insaisissabilité de la première cède⁴⁷⁵ ». Un bien insaisissable un temps, peut ne plus l'être à un autre moment. La relativité d'une insaisissabilité peut encore être personnelle en ce sens que certains biens ne sont insaisissables qu'à l'égard de certains créanciers. Ainsi en est-il de la même table ou de n'importe quel bien mobilier nécessaire à la vie : ces objets sont insaisissables en raison de leur caractère nécessaire mais ils ne le sont pas à l'égard du vendeur de ce bien. C'est ce que prévoit l'article L.112-2 du Code des procédures civiles d'exécution. On ne peut retenir la commercialité comme critère car celle-ci est entendue comme permettant d'exclure les choses qui ne peuvent faire l'objet d'acte juridique⁴⁷⁶. Or nous avons vu, d'une part, que certains biens font l'objet d'acte gratuit mais sont exclus du patrimoine telle, par exemple, une sépulture qui fait l'objet d'acte d'administration⁴⁷⁷. Ici l'exclusion ne concerne donc pas tous les actes juridiques mais vaut uniquement pour toute transmission entre vifs ou pour cause de mort, volontaire ou imposée, c'est-à-dire pour une cession ou une saisie. Une partie des biens extrapatrimoniaux semble donc caractérisée par leur intransmissibilité⁴⁷⁸ et leur insaisissabilité⁴⁷⁹. De la même manière, certains biens font l'objet d'acte onéreux et semblent toujours exclus du patrimoine. Tel est le cas par exemple de l'image, du nom ou de la voix. Ces biens se distinguent néanmoins de

de ses biens saisissables », nous soulignons. L'auteur ajoute en note que « les biens extrapatrimoniaux (notamment la force de travail) du débiteur ne sont pas totalement hors de cause mais, parce que non-saisissables (...) c'est-à-dire non recouvrables par le système juridique, leur valeur n'est reçue par le système économique que par l'intermédiaire des biens saisissables produits par l'exploitation de celle-ci (les salaires par exemple) » ; dans le même sens, de manière plus nuancée : C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°163 et s., p. 125 et s. ; CL. WITZ, *JCI Droit civil*, V°Droit de gage général, n°92 et s.

⁴⁷³ Pour les auteurs de cette critique, v. principalement N. JULIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I, 2016, dir. R. MORTIER, n°48, p. 51-52 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz 2012, n°389 et s., p. 271 et s.

⁴⁷⁴ Cf. *infra* (n°344 et s.)

⁴⁷⁵ G. FOREST, *ibid*, n°396, p. 276.

⁴⁷⁶ Ancien article 1128 du Code civil, cf. *supra* (n°112 et s.)

⁴⁷⁷ Cass, Civ. 1^o, 22 févr. 1972, n°70-13192, Bull. Civ. I, n°56, note LINDON D. 1972, p. 513.

⁴⁷⁸ L'intransmissibilité correspond à la cessibilité mais se distingue de la disponibilité puisqu'est indisponible le bien strictement hors-commerce, celui qui ne peut vraiment faire l'objet d'aucun acte juridique. Elle se distingue également de l'inaliénabilité puisque l'aliénation n'est qu'un seul mode de transmission aux côtés de la donation : W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°36, p. 68.

⁴⁷⁹ En ce sens, B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité – Contribution à l'étude des biens*, th. Paris I 2008, spéc. n°40 et s., p. 56 et s.

la sépulture en ce qu'ils sont transmissibles volontairement mais ne sont pas saisissables⁴⁸⁰. Le caractère commun de ces biens exclus du patrimoine semble ainsi être l'insaisissabilité.

126. Saisissabilités relative et absolue. – La saisissabilité force alors l'intégration au patrimoine et va dans la droite lignée de la fonction du patrimoine et de son fondement⁴⁸¹. Il faut cependant distinguer deux acceptions de la saisissabilité : une vision statique et une vision dynamique. La première consiste à exclure du patrimoine tous les biens insaisissables sans distinction aucune. La vision dynamique de la saisissabilité permet d'inclure dans le patrimoine, les biens qui ne sont que temporairement ou relativement insaisissables. L'insaisissabilité temporaire a en effet pour objet de paralyser la valeur d'échange conférée au bien par le Droit et le marché⁴⁸². Or la paralysie n'implique pas la disparition de la valeur : il est donc impossible d'affirmer que le bien frappé d'inaliénabilité – et donc d'insaisissabilité – n'est plus un bien car sa valeur n'a pas disparue, elle est simplement neutralisée⁴⁸³. Cette acception de l'insaisissabilité vise ainsi à ne faire sortir du patrimoine que les biens insaisissables par nature : le bien extrapatrimonial est et sera toujours insaisissable⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ C'est ainsi que la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a remplacé l'indisponibilité du corps humain par la non-patrimonialité (articles 16-1 et 16-5 du Code civil) : A. ZABALZA, art. préc., n°62, p. 36 ; dans le même sens, C. KUHN, th. préc., n°173, p. 133. C'est donc un « cheminement du corps hors du commerce au corps hors du marché qu'il faut entamer », M.A. HERMITE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Arch. Phil. Droit* 1988, t. 33, p. 325.

⁴⁸¹ Le Professeur REVET écrit ainsi que « la patrimonialité désigne l'appartenance d'un bien à un patrimoine, laquelle appartenance suppose que ce bien soit aliénable afin que, grâce à ce caractère il puisse contribuer à remplir la fonction du patrimoine, qui est de constituer le gage commun de tous les créanciers » : in « Le corps humain est-il une chose appropriée », art. préc. ; dans le même sens, B. KAN-BALIVET, art. préc., p. 178 : l'auteur écrit ici que lorsqu'un entrepreneur individuel déclare sa résidence principale insaisissable, il fait sortir le bien immobilier « de l'assiette du droit de gage général des créanciers. Il ne fait plus partie du patrimoine au sens de l'article 2284 du Code civil, tout en demeurant un bien ».

⁴⁸² Dans le même sens, PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 2010, n°22, p. 13 : les auteurs affirment que « le fait qu'un bien soit inaliénable ne lui retire pourtant pas sa nature de bien » ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2013, n°36 et s. p. 68 et s. : l'auteur rejette l'analyse jurisprudentielle selon laquelle un bien frappé d'inaliénabilité sort du commerce juridique car cela reviendrait à en modifier la nature. Rapp. W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, n°9, p. 423.

⁴⁸³ P. BERLIOZ va dans le même sens dans sa thèse mais il convient de préciser qu'un élément essentiel de sa théorie fait défaut. Pour l'auteur, le bien juridique est nécessairement saisissable alors que pour nous, seul le bien patrimonial est saisissable de sorte que, dans la lignée de sa théorie, un bien frappé d'insaisissabilité devrait perdre sa qualité de bien alors que dans la nôtre, il demeure un bien, qui plus est patrimonial. Ainsi, la clause d'inaliénabilité ne vient pas modifier la nature de la chose ; elle vient simplement en aménager le régime ; v. contra. P. BERLIOZ, th. préc., n°695, p. 227 ; en d'autres termes, l'auteur fait dépendre la nature de la chose selon sa saisissabilité, ce qui n'a pas de sens car seule la destination du bien fluctue, sa nature est permanente : v. *supra* (n°60 et s.) et *infra* (n°316 et s.)

⁴⁸⁴ En faveur de cette distinction, v. R. BÉRAUD, « Pluralité de patrimoines et indisponibilité », *RIDC* 1955, p. 775 et s., spéc. n°7, p. 777 ; v. également dans l'application de cette distinction aux sûretés réelles, P. CROCQ, note sou Civ. 1^{ère}, 23 févr. 2012, n°09-13113. Dans le même sens et dans une certaine mesure, A. SÉRIAUX, J. LAURENT et N. JULLIAN proposent la même distinction quoique ces auteurs l'appliquent à la cessibilité des biens. Pour eux, la cessibilité (critère de la patrimonialité) doit s'apprécier indépendamment du temps. C'est ainsi que le premier écrit que le bien patrimonial se caractérise par son « accessibilité à l'échange », nous soulignons : A. SÉRIAUX, art. préc., *RTD Civ.* 1994, n°3. Quant à Madame JULLIAN, elle écrit à son tour que la

L'appréciation du caractère insaisissable de ces biens ne va pas sans rappeler le caractère abstrait du patrimoine : si ce dernier est délivré des contingences spatiales et temporelles⁴⁸⁵, il paraît logique que les éléments qui le composent soient caractérisés par un critère lui-même libéré des carcans du temps et de l'espace. L'insaisissabilité temporaire doit alors être exclue dans la recherche de la patrimonialité. C'est pourquoi la table meublant le logement du débiteur est comprise dans son patrimoine quand sa voix en sera exclue, la première n'étant insaisissable qu'un temps alors que la seconde l'est de manière constante.

127. L'exemple du corps humain et de ses éléments. – L'extrapatrimonial fait écho aux droits de la personnalité car c'est, semble-t-il, une catégorie à la frontière de la personne et des biens⁴⁸⁶, une troisième voie dans la *summa divisio* du Code civil⁴⁸⁷. Or dans ce domaine les lois bioéthiques « incitent à distinguer le corps humain vivant des éléments et produits qui en sont issus⁴⁸⁸ ». Si le corps humain est le support de la personne juridique, les éléments qui en sont issus et qui s'en détachent sont en revanche des choses, des objets du monde extérieur⁴⁸⁹. Or ces choses sont saisies par le Droit de manière particulière. Cessibles à titre onéreux pour certains mais uniquement à titre gratuit pour d'autres, les éléments et produits du corps humain sont toujours insaisissables. En ce sens, ils représentent une valeur incontestable mais une valeur inaccessible aux créanciers. Cette exclusion trouve sa traduction textuelle aux articles 16-1 et 16-5 du code civil mais également dans l'*intuitu personae* qui les caractérise⁴⁹⁰.

128. Régime spécifique des biens extrapatrimoniaux. – Ces éléments sont des biens dans le sens où il y a, à leur égard, une sorte d'appropriation et une valeur d'échange. Ils ne se présentent pas non plus comme des choses hors-commerce puisque le Droit en admet la circulation. Ils sont spéciaux en revanche dans la mesure où la propriété n'y a plus le rôle de réservation mais uniquement d'appartenance⁴⁹¹. L'appartenance d'un rein fait rarement

cessibilité « peut n'être que de principe, de sorte que le bien peut être momentanément exclu du marché ou temporairement inaliénable, il n'en demeure pas moins inclus dans le patrimoine », th. préc., n°48, p. 52.

⁴⁸⁵ Cf. *infra* (n°158 et s.).

⁴⁸⁶ Cf. *supra* (n°39 et s.).

⁴⁸⁷ N. REBOUL-MAUPIN, « Pour une rénovation de la *summa divisio* personne et bien », *LPA 2016*, n°259, p. 6.

⁴⁸⁸ A. ZABALZA, *op. cit.*

⁴⁸⁹ En ce sens, v. A. TADROS, « Le statut du donneur », *CRDF 2017*, n°15, p. 45 et s.

⁴⁹⁰ Ce rattachement personnel du bien extrapatrimonial a atteint un degré plus fort avec l'introduction de la déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI) permettant à un débiteur de déclarer sa résidence principale insaisissable à l'égard de ses créanciers (art. L.526-1, C. Com).

⁴⁹¹ V. en ce sens au sujet de l'industrie : TH. REVET, *La force de travail : étude juridique*, Litec 1992. Plus précisément, le professeur REVET ne revient pas sur la réservation mais considère que la force de travail est objet d'une quasi-propriété, laquelle semble correspondre à une propriété utile, une propriété diminuée en ce

l'objet d'un litige mais un lien juridique doit être établi entre la personne et son rein pour expliquer la possibilité d'en faire un don ; c'est, en quelque sorte, une propriété de principe⁴⁹². La valeur d'échange de ces biens n'existe par ailleurs que dans une mesure restreinte et les pouvoirs de la personne sur ce bien sont limités par des considérations d'ordre public qui relève souvent de la politique ou de la morale. La circulation de ces choses est limitée, soit par un principe de gratuité⁴⁹³, soit par le refus de reconnaissance à leur égard de toute valeur pécuniaire, soit encore en raison des personnes entre lesquelles ces biens peuvent circuler. En d'autres termes, il semble que les biens extrapatrimoniaux ne puissent circuler que dans des conditions spécifiques que fixe le législateur⁴⁹⁴. S'il s'agit donc de biens, toutes les utilités (potentielles) de ceux-ci ne sont pas accessibles au « propriétaire »⁴⁹⁵. C'est donc que les pouvoirs de la personne sur ces biens sont limités de sorte qu'il est légitime de se demander s'il s'agit toujours d'une propriété. La lecture de l'article 537 du Code civil⁴⁹⁶ pourrait laisser entendre que les limites portées aux pouvoirs du propriétaire ne sont que des exceptions au principe posé à l'article 544 du même code. Pourtant, la physionomie de ce régime particulier, applicable à tous les biens extrapatrimoniaux, s'éloigne considérablement du principe de libre disposition qui gouverne les biens du patrimoine. Il conviendrait donc de ne plus parler de propriété à leur égard car le lien établi entre ces choses et la personne, d'une part, n'offre pas les mêmes prérogatives que la propriété et, d'autre part, ne correspond pas à un mode de réservation des choses du monde extérieur⁴⁹⁷. Le lien de rattachement qui semble exister vis-à-vis de ces biens extrapatrimoniaux est orienté vers la personne qui bénéficie ou qui subit les effets juridiques de l'appartenance. Peut-être convient-il alors de parler de titularité, comme le propose une auteure⁴⁹⁸. Ainsi, la reconnaissance de la titularité

qu'elle comprend un *usus* et un *fructus* mais exclut tout *abusus* : n°350 et s., p. 393 et s. ; v. également, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583.

⁴⁹² Cette propriété rappelle l'interprétation de ce droit offerte par DABIN qui y voit un lien d'appartenance plutôt qu'un ensemble de prérogatives. Dans le même sens, v. W DROSS, art. préc, *RTD Civ.* 2012 ; M. FABRE-MAGNAN, art. préc., *RTD Civ.* 1997 ; v. aussi *infra* (n°477 et s.).

⁴⁹³ A.B. CLAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865 et s. Ce principe ne connaît, à notre connaissance aucune exception. La circulation à titre onéreux des produits sanguins labiles (PSL), encadrée par l'Etat et réservée uniquement aux établissements hospitaliers, ne vise que des produits fabriqués à partir des dons de sang. De la sorte, l'objet vendu n'est pas, à proprement parler, un produit du corps humain mais un bien créé à partir de celui-ci : le sang est remanié et manipulé pour parvenir à un produit nouveau à des fins de traitement.

⁴⁹⁴ Cf. *infra* (n°240 et s.).

⁴⁹⁵ Certains y voient une personnification des choses : v. J. ROCHFELD, « La distinction de la personne et des choses, une *summa divisio* brouillée par la personnification des biens », in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2015, p. 277 et s.

⁴⁹⁶ L'article prévoit que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. ».

⁴⁹⁷ Cf. *infra* (n°471 et s.).

⁴⁹⁸ M. FABRE-MAGNAN, préc.

des stupéfiants vise à permettre l'imposition des revenus issus de leur vente⁴⁹⁹. La titularité des éléments du corps humain permet à son tour son bénéficiaire d'en faire un don⁵⁰⁰. De la même manière, pour tous ces biens, il est des restrictions quant aux actes qui peuvent porter dessus⁵⁰¹ et leur point commun se retrouve bel et bien dans l'insaisissabilité. C'est le cas aussi bien pour les éléments et produits du corps humain que pour les choses hors-commerce, les premiers se confondant parfois avec les seconds. Le critère de la patrimonialité se dessine alors dans l'insaisissabilité naturelle ou absolue des biens concernés.

129. Application flottante du critère. – Le critère ainsi établie est nécessairement flottant. La commercialité comme l'insaisissabilité d'un bien est soumise à la politique législative d'un système juridique donné⁵⁰². Partant, si la saisissabilité qu'il faut qualifier d'absolue, permet de déterminer la patrimonialité d'un bien, l'insaisissabilité ou l'extrapatrimonialité requiert une intervention législative⁵⁰³. Nous avons vu en effet qu'il revient aux règles d'un système donné de déclarer ce qui relève ou non de son commerce juridique. Mais il lui revient également de déclarer ce qu'il exclut du patrimoine en rendant tel ou tel objet insaisissable : « pas d'insaisissabilité sans loi »⁵⁰⁴. Ce premier constat n'est pas un obstacle diriment à la classification des biens car les frontières de la commercialité ou de la patrimonialité telle que nous la définissons se déplacent avec la société et les mœurs c'est-à-dire de façon lente et progressive. Par ailleurs, si les composantes de la typologie proposée changent, le critère reste le même.

130. Porosité des frontières. – Il existe des mouvements entre le patrimonial et l'extrapatrimonial. La créance de réparation est, par exemple, saisissable alors qu'elle tend à

⁴⁹⁹ Il n'est pas ici question de reconnaître un commerce de fait, l'imposition de cette activité n'est pas une reconnaissance de sa légalité. Il faut néanmoins reconnaître que le Droit en tire des conséquences et que, pour ce faire, il crée un rattachement entre la personne et la chose et ce lien prend la forme d'une titularité. Si celle-ci peut se définir comme l'appartenance d'un objet à une personne juridique, permettant à celle-ci d'exercer les pouvoirs que lui autorise la loi et les règlements, il ne faut pas en déduire que la loi autorise la vente ou l'échange de stupéfiants. Elle n'en organise que l'imposition. Le principe de la titularité reste d'ailleurs l'interdiction de disposer des choses qui y sont soumises. On peut alors considérer que ce principe souffre davantage d'exception concernant les produits du corps humain que lorsqu'il s'agit des drogues.

⁵⁰⁰ Il faut d'ailleurs préciser en la matière que « le don n'est pas la donation car celle-ci est un contrat translatif de propriété. Le don est un acte de disposition qui ne porte pas sur un objet patrimonial » : G. RAOUL-CORMEIL, « Les contrats sur la personne », *LPA* 2012, p. 238.

⁵⁰¹ On pourrait suggérer l'application d'une logique inversée pour ces biens extrapatrimoniaux : la règle concernant les biens patrimoniaux consiste à tout permettre sauf ce que la loi interdit ; celle relative aux biens extrapatrimoniaux semble revenir à tout interdire sauf ce que la loi autorise.

⁵⁰² Cf. *supra* (n°114)

⁵⁰³ L'article L.112-2, 1° du Code des procédures civiles d'exécution s'ouvre ainsi : « Ne peuvent être saisis, 1° Les biens que la loi déclare insaisissables ».

⁵⁰⁴ N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016, n°746, p. 401.

remplacer une chose qui ne l'est pas notamment lorsqu'il s'agit d'un dommage corporel. C'est que le corps humain est une source de biens patrimoniaux sans en être un. On s'en rend d'ailleurs compte avec la force de travail qui est la première valeur que le corps produit et qui est monnayable⁵⁰⁵. C'est donc un bien mais il est insaisissable puisque l'esclavage est désormais interdit. En revanche, la contrepartie du travail, le salaire est (au moins en partie) saisissable. Il en va de même pour l'image, le nom ou la voix qui, s'ils sont transmissibles aux héritiers, demeurent insaisissables. Leur équivalent monétaire en revanche, les revenus qui sont tirés de leur exploitation, sont des sommes qui n'ont aucune raison d'être exclues du patrimoine. Rien ne s'y oppose techniquement : ces biens sont exclus du patrimoine en raison de leur rattachement à la personne ; une fois vendus, ces biens sont remplacés par des sommes, dépourvues de ce rattachement, il n'y a alors plus de raison de les exclure du patrimoine⁵⁰⁶. C'est en ce sens que les auteurs qui ont proposé la double nature des éléments du corps humain avaient une intuition juste dans l'approche des biens extrapatrimoniaux. Il faut néanmoins distinguer la source de son produit et ne pas confondre le corps humain et son extériorisation (par la lésion ou par la production). De la même manière, il existe des mouvements entre les biens extrapatrimoniaux et patrimoniaux car certains des premiers peuvent finir par entrer dans la catégorie des seconds. La CEDH l'a d'ailleurs compris puisqu'elle qualifie de bien, notamment pour sa protection, l'espérance légitime qui avant réalisation est une valeur potentielle protégée au titre des biens mais c'est une valeur insaisissable quoique cessible⁵⁰⁷. En revanche, une fois que l'espérance se transforme en valeur effective et, partant, saisissable, elle intègre le patrimoine. Ces différents mouvements entre le patrimonial et l'extrapatrimonial justifie la recherche d'un critère stable de classification : la saisissabilité absolue.

131. Proposition de définition du bien extrapatrimonial. – Le bien extrapatrimonial se caractérise, selon nous, par trois critères : l'insaisissabilité absolue liée à sa nature ou à sa destination naturelle, son rattachement étroit à la personne qui en est titulaire, le régime juridique restreint auquel il est soumis. Celui-ci semble en effet se distinguer de la propriété en ce que son titulaire ne peut exercer, à l'égard du bien envisagé,

⁵⁰⁵ TH. REVET, *La force de travail – Étude juridique*, éd. Litec 1992.

⁵⁰⁶ Ce raisonnement permet d'ailleurs d'expliquer pourquoi certains biens sont cessibles (donc intégrés dans le commerce juridique) sans pour autant être saisissables par les créanciers. On pense ainsi au nom, à l'image, à la voix, aux informations sur la vie privée mais également aux clientèles civiles. V. dans une certaine mesure, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°4.18, p. 241.

⁵⁰⁷ En ce sens, v. CEDH, 1er février 2000, Mazurek c./ France, n°34406/97 ; CEDH, 26 novembre 2002, Büchen c. République Tchèque.

toutes les prérogatives d'un propriétaire. En effet, là où le propriétaire est maître absolu de son bien patrimonial sous réserve d'une conformité aux lois et règlements⁵⁰⁸, le titulaire⁵⁰⁹ du bien extrapatrimonial ne peut exercer que les prérogatives prévues par les lois et règlements. Le principe y est donc inversé⁵¹⁰. Il faut donc rejeter l'idée d'une propriété des biens extrapatrimoniaux pour ne retenir que leur titularité, l'étude de la distinction entre ces deux modes d'appartenance des choses faisant l'objet de développements ultérieurs⁵¹¹. Finalement, le bien extrapatrimonial est donc la chose, dotée d'une valeur d'usage, dont une personne est titulaire et qui ne peut circuler juridiquement que dans les conditions prévues par la loi. Ce type de bien comprend essentiellement les produits du corps humain mais également les droits de la personnalité qui peuvent, selon certaines conditions, être monnayés. Doivent en revanche en être exclues les choses communes ou les choses qui sont mises à l'écart par le droit objectif, tels que les stupéfiants.

132. Application aux autres universalités. – Les biens patrimoniaux sont, à l'inverse, les biens qui sont susceptibles d'être saisis à un temps ou à un autre. Ce sont ainsi ceux qui peuvent remplir la fonction du patrimoine et, plus largement, de n'importe quelle universalité. En ce sens, tous les biens saisissables doivent intégrer une universalité de droit quand tous les biens absolument insaisissables ne peuvent intégrer aucune universalité. La voix, le sang ou les cheveux ne pourront donc jamais intégrer aucune universalité⁵¹². Nous verrons par ailleurs que ce critère de saisissabilité, notamment la relativité dont elle peut être frappée permet également de dissocier les différents biens qui doivent intégrer telle ou telle universalité⁵¹³.

133. Conclusion sur la composition active. – Redéfinir la composition active du patrimoine implique d'accepter, dans un premier temps, que celui-ci ne comprend pas l'intégralité des biens d'une personne mais seulement une partie de ceux-ci. Il est alors impossible d'affirmer que le patrimoine comprend tous les biens d'une personne. Par ailleurs

⁵⁰⁸ Art. 544, C. Civ.

⁵⁰⁹ Nous verrons plus loin que le terme de titulaire est donc plus approprié que celui de propriétaire : *cf. infra* (n°477 et s.).

⁵¹⁰ En ce sens, A. TADROS, « Le statut du donneur », *CRDF* 2017, p. 45 et s.

⁵¹¹ *Cf. infra* (n°471).

⁵¹² Cette analyse de la composition active du patrimoine et, partant, des universalités, est cohérente avec le rejet d'une universalité de dignité : *cf. supra* (n°94)

⁵¹³ En effet, un bien qui intègre une universalité de droit sort du patrimoine et donc de l'assiette du droit de gage général pour servir de garantie à des dettes spécifiques sans pour autant constituer une sûreté réelle. En ce sens, le bien se retrouve frappé d'une insaisissabilité qui ne concerne que certains créanciers mais il demeure saisissable pour d'autres : il est donc frappé d'une insaisissabilité qui ne peut qu'être relative : *cf. infra* (n°334 et s.).

il semble exister, aux côtés des biens contenus dans les universalités, des biens extrapatrimoniaux⁵¹⁴, des objets de droit, appropriés et dotés d'une potentielle valeur qui ne peuvent pourtant pas garantir les dettes du propriétaire⁵¹⁵. Ce sont alors des choses appartenant à une personne, liée à elle par un lien juridique et dont la personne peut disposer dans un cadre précis dicté par la loi. Pourtant, ces biens n'intègrent pas le patrimoine, ni aucune autre universalité puisqu'ils ne permettent pas la garantie des dettes, fonction première de toute masse universelle. C'est également au regard de cette fonction qu'il faut admettre l'inclusion des dettes dans le patrimoine.

II. L'inclusion des dettes dans la masse universelle

134. La question du lien entre patrimoine et dettes. – Il existe certainement un lien entre patrimoine et dette mais il convient de déterminer la nature de ce lien. Plusieurs auteurs se sont penchés sur la question. Plus exactement, deux thèses s'opposent en la matière : certains font entrer les dettes dans le patrimoine quand d'autres les en excluent. Si le patrimoine a pour fonction la garantie des dettes, il semble logique, au premier abord, de ne pas y intégrer lesdites dettes car la fonction est le rôle que joue une chose par rapport à une autre ; il y a ainsi l'idée d'une rencontre entre deux éléments, l'un ne pouvant alors se fondre dans l'autre. Certains ont ainsi pu écrire que l'identification de la dette comme élément du patrimoine serait non seulement erronée mais surtout infondée puisque ZACHARIAE, qui a inspiré la théorie, n'a jamais lui-même affirmé que les dettes intégraient le patrimoine⁵¹⁶. Il convient, pour trancher cette question, de déterminer la nature de la dette (A), avant de s'intéresser à la nature des relations entre la dette et le patrimoine (B).

⁵¹⁴ Dans le même sens, v. TH. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », art. préc. : « seuls sont patrimoniaux les biens saisissables. Et l'insaisissabilité n'empêche pas l'appropriation » ; v. également N. JULLIAN, *La cession de patrimoines*, th. Rennes I 2016, n°48 et s., p. 50 et s. ; v. également dans une certaine mesure, A. SÉRIAUX, *op. cit.* : l'auteur constate une distinction entre les biens pour ensuite militer en faveur du critère de la patrimonialité.

⁵¹⁵ V. annexe 1 (p. 491)

⁵¹⁶ En ce sens, M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004, p. ? ; A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 804 : « répétons-le, sauf à adopter une perspective comptable, les dettes ne grèvent jamais en principe directement les biens du débiteur. Son patrimoine n'est rien d'autre que ce qu'il possède légitimement et qui pourra ainsi lui servir à acquitter ce qu'il doit personnellement. » ; FR. CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 19 : « Incohérente au regard du droit de gage général, l'introduction du passif dans le patrimoine est donc totalement inutile au regard du droit des successions. » ; D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°70 : l'auteur regrette « l'insertion de la dette dans le patrimoine » car « par le parallélisme établi entre l'actif et le passif, la doctrine tend implicitement à les mettre sur le même plan, laissant croire que la dette est un bien ».

A. La notion juridique de dette

135. La dette, la créance et l'obligation : la distinction des termes. – Il est traditionnellement enseigné que le concept juridique⁵¹⁷ se compose de différents éléments qui, abstraitement réunis, permettent de le caractériser matériellement. Chacun de ces éléments doit être analysé individuellement pour parvenir à une qualification parfaite⁵¹⁸. En ce sens, si l'obligation est définie comme « le lien de droit (...) entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention⁵¹⁹ », alors le concept juridique d'obligation, en tant qu'abstraction, doit comprendre au moins trois composantes. La première relève de la nature de l'obligation : celle-ci est généralement identifiée en un lien, un rapport de droit. Deuxième élément de qualification, ce rapport doit à son tour être qualifié de droit personnel. L'engagement est naturellement formé entre deux personnes : l'obligation, qu'elle soit contractuelle ou légale, suppose un créancier et un débiteur. En ce sens, elle ne peut être autre qu'un droit personnel⁵²⁰. Ses effets en revanche sont réels puisque l'existence du droit personnel donne naissance à un actif dans le patrimoine du créancier (la créance) et à une dette, supposée également dans le patrimoine du débiteur. En tant qu'effet de l'obligation, la créance et/ou la dette doivent être identifiées, non pas comme l'obligation même, mais comme une

⁵¹⁷ Le concept juridique doit être entendu comme « la construction de l'esprit, basée sur la transformation des réalités juridiques en idées pures », création intellectuelle fondée sur la logique commune, le concept juridique tend à l'abstraction des objets : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey 1924, t. IV, n°277, p. 30.

⁵¹⁸ En ce sens, J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2003, n°184, p. 213.

⁵¹⁹ Définition de l'obligation par Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, in *Les obligations*, Précis Dalloz, n°2, p. 1. Dans le même sens, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2007 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, PUF 2013, n°1, p. 17 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ 2013, n°1, p. 1 ; PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis 2014, n°7, p. 3 ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, Montchrestien 2010, n°1, p. 1 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF 2007, n°1, p. 1 ; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF 2006, n°1, p. 11.

⁵²⁰ Contra. v. les théories objectives de l'obligation dont les plus grands défenseurs sont R. SALELLES, *La théorie générale de l'obligation*, éd. Mémoire du Droit, 1925 ; E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon Assas, 2014.

« composante de l'obligation »⁵²¹ et ainsi comme troisième et dernier élément de sa définition. Il est ainsi possible de dissocier la dette d'un côté et l'obligation de l'autre⁵²².

136. La dette, composante de l'obligation. – La dette est traditionnellement définie comme la face passive de la créance, l'une comme l'autre résultant de l'obligation. La conception de l'obligation a changé, à l'image du patrimoine, avec sa sanction – le passage de la contrainte par corps à la contrainte par saisie de biens⁵²³. Cette relation, parce qu'elle est personnelle, ne devrait concerner que les personnes et non leurs biens. Pourtant, le Code civil prévoit que « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir⁵²⁴. ». De la même manière, il faut remarquer que le Livre III de ce code s'intitule « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Or les obligations sont bel et bien traitées dans ce livre. De ce premier constat, on voit que le produit du droit personnel, en ce qu'il est susceptible d'une évaluation pécuniaire (même pour les obligations de faire⁵²⁵), qui plus est saisissable, doit intégrer le patrimoine du créancier pour sa valeur active⁵²⁶. Or admettre l'existence d'un tel droit, qui porte sur des biens, pourrait revenir à admettre, comme le proposent certains, l'existence d'un droit réel *en devenir* contenu dans le droit personnel⁵²⁷. RIPERT écrivait d'ailleurs que « dans le droit des obligations, il semble qu'il ne s'agisse que d'organiser la production, la circulation et la répartition des biens⁵²⁸ ». La dimension réelle de l'obligation

⁵²¹ Fr. ZÉNATI et Th. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, PUF 2013, n°64, p. 135 ; v. en ce sens également, la conception dualiste de l'obligation. D'inspiration allemande, la théorie du *Schuld* et du *haftung* distingue la prestation de l'engagement. V. également G. CORNIL, « *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine », in *Mélanges P.F. GIRARD*, éd. Arthur Rousseau 1912, T1, p. 199 et s. E. A. POPA, *Les notions de debitum (shuld) et obligatio (haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris, 1935 ; F.K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz 1964 ; S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD Civ.* 2008, p. 401 ; A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF 2006, n°179, p. 194.

⁵²² En ce sens, J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°1 et s., p. 1 et s. : les auteurs soulignent ici la traditionnelle confusion entre obligation d'un côté et dette (ou créance) de l'autre alors que la première n'est que la source de la seconde et il est impossible de confondre une conséquence avec sa cause. Il s'agit en réalité de distinguer les composantes de l'obligation et d'admettre la dualité de l'obligation, sa division entre le contenu et le lien.

⁵²³ Cf. *supra* (n°29 et s.)

⁵²⁴ Art. 2284 du Code civil : nous soulignons.

⁵²⁵ En effet, en cas d'inexécution d'une obligation, l'exécution forcée n'est en principe pas prioritaire : en ce sens, le législateur a voulu favoriser l'exécution par équivalent (v. anc. art. 1142, C. Civ). Si la jurisprudence a désormais inversé le principe, la potentialité d'une restitution en valeur suppose l'évaluation de l'obligation en argent de sorte que toutes les obligations doivent avoir une valeur pécuniaire au moins potentielle : en ce sens, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILIAU, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, LGDJ 2001, n°519, p. 578.

⁵²⁶ Fr. CHENEDÉ, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, *Economica* 2008, n°24 et s., p. 31 et s. ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2012, n°271 et s., p. 212 et s.

⁵²⁷ En ce sens, J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », *Arch. Phil. Droit* 1979, p. 235 et s. ; J. LAURENT, th. préc. n°272, p. 213 : « les droits personnels constituent l'*anticipation* d'un bien ».

⁵²⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°2, p. 3.

a donc envahi la pensée juridique⁵²⁹, de sorte que la frontière entre le personnel et le réel, entre l'être et l'avoir, est une fois de plus remise en cause⁵³⁰. Il est alors légitime de se demander si l'apparition de la notion de patrimoine n'a pas permis une mutation de la créance et de la dette.

137. L'évolution des effets de l'obligation. – À l'instar du patrimoine, le droit positif des obligations est construit autour des idéologies républicaines abolissant la contrainte par corps⁵³¹. La mouvance des règles relatives à l'exécution des obligations permet de traduire la contingence du concept même d'obligation⁵³². Celui-ci se trouve par conséquent dans le domaine des personnes lorsqu'il s'agit d'envisager la source de l'obligation mais il se meut dans le domaine des biens lorsqu'il s'agit de son résultat. Ainsi si l'obligation en tant que rapport juridique est un droit personnel, elle constitue en revanche, en tant que résultat – escompté ou effectif – de l'obligation, un bien⁵³³. C'est ce même raisonnement qui a permis

⁵²⁹ Attention à ne pas confondre ici la dimension réelle de l'obligation avec sa réification. La première analyse permet d'identifier une influence, voire une dépendance de l'obligation vis-à-vis des biens ; la seconde en revanche conduit à une véritable confusion entre les deux.

⁵³⁰ Cf. *supra* (n°33 et s.)

⁵³¹ Cf. *supra* (n°29 et s.) ; en ce sens, Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 2013, n°1093, p. 1143 et n°1113, p. 1157 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ 2013, n°1122, p. 609 (par référence aux « droits primitifs ») ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 2, Sirey 1961, n°663, p. 683 ; J. PRÉVAULT, « L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne », in *Mélanges Jean VINCENT*, Dalloz 1981, p. 297 ; J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF 1996, n°23, p. 48 et n°98, p.152 ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD Civ.* 1976, p. 700 ; Y.M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161 ; C. RADÉ et S. TOURNAUX, « Réflexions à partir de l'article 1142 du Code civil en droit du travail », *RDC* 2005, p. 197 ; C. HUGON, « Regards sur le droit des voies d'exécution », *RDC* 2005, p. 183.

⁵³² En ce sens, la démarche intellectuelle qui conduit au concept est « particulièrement difficile car elle s'appuie sur des règles mouvantes et souvent contradictoires et sur l'extrême variabilité des comportements humains et des phénomènes d'ordre psychologique, social, économique, éthique... Les résultats de cette observation et les critères qui s'en sont dégagés sont traduits en concepts par voie d'induction, mais n'engendrent que des hypothèses et sont susceptibles d'évolution » : J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2003, n°181, p. 211.

⁵³³ En ce sens, A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF 2006, n°1, p. 1 : « Le droit des biens traite des choses au repos, dans leurs rapports avec leur titulaire actuel. Le droit des obligations les envisage au contraire en mouvement, lorsqu'elles sont appelées à devenir la propriété d'un autre, leur titulaire *potentiel*. (...) Le paiement éteint la dette et la créance corrélative et vient accroître le patrimoine du créancier. Il abolit un droit personnel (le droit du créancier à la chose due par le débiteur), pour le remplacer par un droit réel (le droit du créancier *sur* la chose fournie par le débiteur). Contrairement au phénix, l'obligation qui meurt ne renaît pas de ses cendres. Si elle ressuscite, c'est sous de nouveaux traits : transfigurée en bien. » ; nous soulignons ; v. également, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 : « ce n'est pas le droit – réel ou personnel – qui figure dans le patrimoine, mais uniquement le produit potentiel, le résultat escompté de l'exercice de ce droit » ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ 1960 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations – Les sources*, t. 1, éd. Sirey, 1988, n°5, p. 7 ; H., L. et J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Les Obligations – Théorie générale*, Montchrestien 1998, n°1231, p. 1255 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2013, n°6, p. 7 ; v. *contra* J. LAURENT, th. préc. n°271, p. 212 ; FR. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011, p. 1 : l'auteur propose de renouveler la qualification de l'obligation en commençant par affirmer que celles qui lui sont actuellement attribuées sont peu convaincantes.

de fonder les théories sur la propriété des créances. Il s'agit alors de distinguer l'obligation de son résultat, la source de son effet, le rapport obligationnel du contenu obligationnel.

138. La double nature de l'obligation. – Le droit des obligations français enseigne désormais qu'il existe une distinction entre l'*obligatio* et le *debitum* ou entre le *schuld* et le *haftung* qui vise à voir dans l'obligation deux éléments : le contenu et le lien, l'engagement et le devoir. L'obligation se présente alors comme une notion complexe dont les éléments mêlent à la fois un devoir déterminé et une responsabilité plus globale. Si le droit des obligations permet d'encadrer le premier, c'est le droit de gage général qui donne corps à la seconde⁵³⁴. La double nature de l'obligation résulte de cette différence de point de vue selon qu'on se situe à l'extérieur ou à l'intérieur du rapport d'obligation : d'un point de vue externe, l'obligation doit être envisagée en tant que créance ou en tant que dette, c'est-à-dire par rapport à son seul contenu ; en revanche, d'un point de vue interne, l'obligation doit être envisagée comme le lien de droit qui lie le débiteur au créancier. Cette double nature transparait dans la différence de régime établie entre les dispositions relatives aux obligations d'une part et celles qui touchent à la créance d'autre part. En effet, l'obligation est tantôt envisagée, en droit positif, comme lien de droit lorsqu'elle est désignée, par exemple, par l'article 1304-2 (ancien article 1174) du Code civil⁵³⁵, et tantôt comme objet d'un acte juridique lorsqu'elle est au cœur d'une opération telle que celle prévue aux articles 1321 et suivants (anciens articles 1689 et suivants) du même code⁵³⁶.

139. La distinction de la créance et de la dette. – Si le lien d'obligation se distingue de son résultat, il convient de remarquer que celui-ci se subdivise à nouveau en deux catégories : la créance et la dette. Il est pourtant traditionnellement enseigné que si les deux renvoient au même rapport d'obligation, l'une et l'autre ne peuvent se confondre et suivent ainsi un régime différent⁵³⁷. Longtemps rejetée⁵³⁸, la cession de dette a été récemment

⁵³⁴ En ce sens, E.A. POPA, *Les notions de debitum (schuld) et obligatio (haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris, 1935 ; également, cf. *supra* (n°136).

⁵³⁵ « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige » ; il est aisé de déceler ici la conception personnelle donnée à l'obligation visée en tant que lien entre créancier et débiteur.

⁵³⁶ Envisagée comme véritable bien, la créance peut être cédée dans les modalités prévues par ces articles. Voir à ce sujet, l'analyse de J. FRANÇOIS, « Les opérations sur dette », *Acte de colloque – Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC 2016.

⁵³⁷ En ce sens, J. GHESTIN, M. BILIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°15 et s., p. 21 et s. ; Y. EMERICH, *La propriété des créances – Approche comparative*, LGDJ 2007, n°132 et s., p. 79 et s.

⁵³⁸ Cass, Civ, 12 mars 1946, JCP G 1946, II, 3114 et Cass, Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2009, Bull. Civ. I, n°82 où la Cour de cassation se sert de l'effet relatif des conventions pour faire obstacle à la cession de dette.

consacrée⁵³⁹. Pourtant, les problématiques de qualification demeurent : la créance serait un bien quand la dette ne pourrait en être un⁵⁴⁰. Le Professeur GAUDEMET avait suggéré de voir dans la dette, le contenu obligationnel de l'obligation, la prestation même qui recèle une valeur économique objective⁵⁴¹. Le Professeur DANOS a, à son tour, proposé de voir, à l'occasion d'un article relatif à la nouvelle cession de dettes, que la dette est la valeur économique correspondant à la prestation due par le débiteur, permettant ainsi sa circulation⁵⁴². Mais un problème demeure alors : quelle différence entre la cession de créance, cession du contenu obligationnel envisagé comme un bien, et cession de dette, transmission du contenu obligationnel, valeur de la prestation due par la personne obligée ? N'y a-t-il pas lieu de distinguer créance et dette ?

140. La créance, une valeur quantifiable. – La créance est un bien. Le débat n'a aujourd'hui plus réellement de sens dans la mesure où une telle qualification fait désormais l'unanimité⁵⁴³ et a intégré le droit positif. Mieux, la créance est surtout un bien patrimonial et peut donc être saisie par un créancier pour le paiement d'une dette. C'est en effet parce que la créance est par excellence susceptible d'évaluation pécuniaire qu'elle doit pouvoir intégrer le patrimoine. Plus précisément, la créance, qu'elle soit de somme d'argent ou qu'elle prenne la forme d'une prestation ou d'une abstention, doit nécessairement pouvoir être évaluée. L'article 4 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution dispose que « la créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation. ». Or parce qu'elle représente une valeur d'échange objet de propriété, la créance acquiert le statut de bien⁵⁴⁴ et parce que cette

⁵³⁹ Sous l'impulsion de certains auteurs, la réforme du droit des obligations de 2016 a enfin admis cette opération. Les principaux acteurs de ce mouvement ont été : L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica 1984, spéc. n°80, p. 68 ; E. GAUDEMET, *Le transport de dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon Assas 2014 ; C. BOLZE, « Réflexion sur la cession de dette en droit français », *Mélanges FLATTET*, Lausanne 1985, p. 11 et s. ; J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *La transmission des obligations*, Journées J. DABIN, LGDJ 1980, n°78 et s., p. 59 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Les obligations*, t. III, Sirey 1908, n°1758, p. 76 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil*, t. 7, n°1141, p. 542.

⁵⁴⁰ En ce sens, J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil - Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°15, p. 22 ; rapp. Fr. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011, p. 1.

⁵⁴¹ E. GAUDEMET, *ibid.*

⁵⁴² Fr. DANOS, « La cession de dettes », in *Mélanges PH. NEAU-LEDUC*, LGDJ-Lextenso 2019, p. 309 e s.

⁵⁴³ Cette affirmation a pendant un temps crée une polémique qui s'était cristallisée autour de l'opposition entre la nature strictement personnelle de l'obligation et l'idée développée précédemment d'une double nature de l'obligation résultant de la distinction entre obligation et créance. V. particulièrement dans le sens d'une propriété de la créance : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2010 ; R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.* 1997, p. 615.

⁵⁴⁴ Il convient de remarquer ici que la créance qui n'est pas liquide doit également recevoir la qualification de bien car si elle n'est pas quantifiable à un moment T, la créance est néanmoins toujours susceptible d'évaluation.

valeur est saisissable et donc susceptible de garantir une dette, elle doit recevoir la qualification de bien patrimonial⁵⁴⁵. Qu'en est-il alors de la dette ?

141. La dette, une valeur contingente. – Si céder une dette est désormais possible, faut-il alors considérer celle-ci comme un bien ? L'étude de l'extra-commercialité incite à répondre positivement à cette interrogation⁵⁴⁶. En effet, nous avons vu que l'ancien article 1128 du Code civil prohibe les conventions portant sur les choses en dehors du commerce et que les contours de cette extra-commercialité sont dessinés au regard de la définition du bien⁵⁴⁷. Le maintien de l'article 1598 relatif à la vente milite également en ce sens. Il convient alors de vérifier si la dette remplit tous les critères de qualification du bien tels que nous les avons retenus⁵⁴⁸. Placée au cœur de sa définition, le bien correspond nécessairement à une valeur mais surtout à une valeur d'échange. Or l'échange suppose une relation avec le monde extérieur. Le propriétaire n'est plus seul face à sa chose, il s'expose à autrui et c'est dans l'altérité que la valeur d'échange est révélée. Ne dit-on pas en effet que la vente est parfaite lorsque les parties tombent d'accord sur la chose et le prix ? C'est cet accord sur le prix de la chose qui permet de faire sortir la chose de l'individualité pour l'intégrer dans un rapport d'interactivité⁵⁴⁹. Le prix se présente alors justement comme la valeur qui sert à l'échange, comme la valeur d'un échange. Or c'est cette valeur qui fait défaut dans la cession de dette car « si sous l'angle actif, la créance est pleinement un bien cessible, sous l'angle passif, la dimension de lien obligatoire entre deux personnes redevient prépondérante. En effet, la créance contre un débiteur déterminé a une valeur qui est appréciable, tandis que la dette ne vaut que ce que vaut le débiteur.⁵⁵⁰ ». En d'autres termes, c'est parce que la composition active du patrimoine de chacun diffère selon le passif qui lui est corrélé que le changement de débiteur ne peut produire pleinement ses effets sans l'acceptation du créancier⁵⁵¹. Cette

Ainsi, la créance future fait l'objet d'opération telle qu'une sûreté par exemple en ce que son objet représente toujours une valeur monétaire, son montant reste simplement à déterminer.

⁵⁴⁵ Cf. *supra* (n°128).

⁵⁴⁶ Cf. *supra* (n°112 et s.).

⁵⁴⁷ Cf. *supra* (n°112).

⁵⁴⁸ Cf. *supra* (n°131 : le bien est nécessairement une chose appropriée ayant une valeur reconnue par le Droit objectif)

⁵⁴⁹ En ce sens, J.M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges BRETON DERRIDA*, p. 275, spéc. n°7, p. 279 : « Le concept de valeur n'acquiert, donc, tout son sens que lorsque le souci de réservation se prolonge par celui de commercialisation ; il suppose, donc, une vie à plusieurs ». Il faut entendre ici que si l'appropriation est un préalable technique à l'échange, la perspective de l'échange justifie la réservation c'est-à-dire l'appropriation.

⁵⁵⁰ FR. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz 2014, n°1304, p. 1352 ; en ce sens, v. également Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis 2014, n°836, p. 667 ; A. BÉNABENT, *Les Obligations*, Montchrestien 2010, n°750, p. 539.

⁵⁵¹ C'est d'ailleurs en ce sens que le nouvel article 1338, al. 2 prévoit que le débiteur cédant n'est pas libéré tant que le créancier ne l'a pas accepté.

nouvelle opération du droit civil se présente alors comme un outil de spéculation, dont l'objet ne peut être qualifié de bien. Partant, il est nécessaire d'insérer une nouvelle distinction dans l'analyse de l'obligation. Dans un premier temps, il convient de dissocier le lien obligationnel (*obligatio*) du contenu (*debitum*), ce qui permet de séparer l'obligation d'un côté et la créance et la dette de l'autre. Mais dans un second temps, il faut encore distinguer au sein du contenu, du *debitum*, la créance de la dette, l'aspect actif et passif.

142. La dette, une valeur spéculative ? – La dette est une valeur comme la créance mais cette valeur est, à l'origine, négative. À la différence de l'acquisition d'un bien où le propriétaire cherche à réserver une valeur (positive), les opérations sur dettes visent la recherche d'un profit. Il faut dès lors remarquer que toutes les opérations sur dettes visent non seulement un profit mais celui-ci est nécessairement soumis à un aléa. Il est donc raisonnable de dire que toutes les opérations *intra vivos* sur dette sont des opérations de spéculation. En ce sens, la valeur positive qui peut en être tirée réside dans l'aléa et non dans la dette même. Ainsi, dans les opérations où la dette circule, ce que l'acquéreur paye, ce n'est pas la valeur de la dette mais le profit qu'il espère tirer de l'opération. Par exemple, dans un retrait litigieux mettant en œuvre le rachat d'une dette de 350€ à un prix de 150€, le profit espéré est de 200€ et l'aléa ici présent est l'issue du litige. Or ce sont les 200€ espérés qui justifie l'opération et non le paiement des 150€. À l'image du retrait litigieux, la cession de dette servirait encore à valider les opérations de défaisance⁵⁵². Il découle de cette constatation, deux conséquences logiques : la première consiste à confirmer que la dette n'a qu'une valeur relative, celle-ci dépendra de l'assiette du droit de gage général qu'offre le débiteur⁵⁵³. Par conséquent, « la dette n'est pas désirée pour elle-même en tant que bien, pour la jouissance qu'elle pourrait procurer - qui n'existe évidemment pas -, mais simplement comme un moyen d'exercer des compétences de négociation, qui pourront du reste déboucher

⁵⁵² La défaisance est l'opération par laquelle « une société faisant publiquement appel à l'épargne extrait de son bilan la dette de remboursement d'un emprunt, pour en confier la gestion à un établissement » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° Défaisance.

⁵⁵³ Il convient de préciser ici que la dette doit être entendue indépendamment de l'obligation. En effet, celle-ci est objectivement définie par sa source – c'est-à-dire par la loi, le juge ou le contrat. En ce sens, l'obligation a toujours une valeur objective. En revanche, le produit de cette obligation du point de vue du débiteur – à savoir la dette – dépendra de l'exécution concrète de ladite obligation de sorte qu'en cas de défaillance, le droit de gage général sera amené à jouer et la valeur finale de la dette dépendra donc des capacités financières du débiteur. En ce sens, v. J. LAURENT, th. préc. n°272, p. 213 : « la valeur propre du droit personnel réside dans la capacité du débiteur à s'exécuter donc dans la confiance de son créancier. (...) ». L'auteur poursuit au sujet du droit personnel « pour lequel l'activité du débiteur conditionne essentiellement la valeur du droit-prestation. Par conséquent, la valeur propre d'un droit de créance est beaucoup plus dépendante de la confiance du créancier dans l'exécution du débiteur. Or cette dernière prend sa source dans la capacité qu'a le système juridique de contraindre le débiteur à s'exécuter ».

sur un certain profit⁵⁵⁴ ». Autrement dit, la valeur économique de la dette n'existe pas, c'est le potentiel de cette dette qui est évalué lors de son transfert. On en déduit que si la dette n'est pas l'objectif poursuivi, c'est que la dette en elle-même n'a pas de valeur aux yeux des tiers et qu'il ne peut donc s'agir d'un bien. La dette n'est au final qu'une valeur négative déterminée ou déterminable, permettant d'évaluer la capacité d'engagement d'un débiteur par un rapport effectué avec l'ensemble de ses biens. Si ce rapport dette/bien pourrait aisément se passer de l'intégration des dettes dans le patrimoine, il semble devoir en aller autrement car rien n'indique que le patrimoine doit ne contenir que des biens.

B. L'intégration des dettes dans la masse universelle

143. L'apparition historique de l'idée d'inclusion des dettes dans le patrimoine.

– Historiquement, il est tentant de voir qu'il n'existait pas de dette dans la version romaine du patrimoine. Le *patrimonium* était alors conçu comme le seul ensemble des richesses d'une famille, détenu et géré par le *pater familias*. Ne comprenant que les biens présents et non à venir, ces biens ne sont mis en relation avec les dettes que par le biais de la personne. C'est elle qui est obligée, qui est tenue de la dette et en cas d'impossibilité de payer, c'est la personne même qui est menacée⁵⁵⁵. Mais le passage du système de la contrainte par corps à une contrainte sur les biens a permis d'unifier les biens et les obligations en dehors de la personne⁵⁵⁶. C'est ainsi que les auteurs du patrimoine ont, à la différence du *patrimonium* romain, décidé d'inclure les dettes dans le patrimoine⁵⁵⁷.

144. L'exclusion du passif par certains auteurs. – Malgré la tradition, certains auteurs proposent de revenir à une acception purement active du patrimoine. Pour eux, celui-ci ne comprendrait que les biens et non les dettes qui, elles, viendraient simplement grever le

⁵⁵⁴ R. LIBCHABER, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Biens, n°25.

⁵⁵⁵ Cf. *supra* (n°29 et s.)

⁵⁵⁶ Cf. *supra* (n°39 et s.)

⁵⁵⁷ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 1873, §582-583.

patrimoine sans l'intégrer⁵⁵⁸. Contraire au sens commun⁵⁵⁹ ou à sa version d'origine⁵⁶⁰, le patrimoine ne devrait pas inclure les dettes. Au-delà de ces considérations extra-juridiques, d'autres arguments techniques sont avancés. Un premier, d'ordre textuel, part des articles 271 ou 1569 du Code civil pour constater que l'emploi du terme « patrimoine » n'est employé que pour désigner les seuls biens⁵⁶¹. Cet argument ne saurait tenir puisqu'il peut être employé dans le sens inverse : les articles 501 ou 1844-4 et 1844-5, respectivement relatifs à l'administration des biens du mineur et du majeur protégé et à la transmission universelle de patrimoine, envisagent cette fois le patrimoine comme un ensemble de biens et de dettes⁵⁶². L'autre argument, d'ordre technique, consiste à lire un paradoxe dans la notion de patrimoine : si celui-ci permet de garantir les dettes, il ne peut comprendre ces dettes sauf à admettre que les dettes se garantissent elles-mêmes⁵⁶³. Mais dans l'optique de la fonction de responsabilisation, comme celle, nous le verrons, de transmission, il convient en réalité d'analyser le patrimoine comme une valeur globale. Or celle-ci n'équivaut pas strictement à la somme des éléments actifs mais à une différence entre l'actif et le passif. Il faut, en d'autres termes, envisager le patrimoine dans son ensemble.

145. L'appréhension du patrimoine dans son ensemble. – Dans le cadre du patrimoine, les dettes représentent le passif c'est-à-dire les valeurs négatives qui viennent amputer potentiellement l'assiette globale à laquelle les créanciers ont accès. Les articles 2284 et 2285 fondent certainement leur droit de gage général mais également et surtout le principe d'égalité entre les créanciers. Or cette vocation égale à l'ensemble impose à chacun des créanciers de prendre en compte les engagements antérieurs à leurs droits au moment où

⁵⁵⁸ En ce sens, A. SÉRIAUX, « La notion de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 et s. ; v. aussi *Répert. Civ. Dalloz*, V° Patrimoine ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°39 et s., p. 33 et s. et n°395 et s., p. 257 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, n°141 et s., p. 107 et s. ; G. VACHER-LAPOUGE, *La notion du patrimoine*, th. Poitiers, 1879, p. 33 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Rennes I, 2016, n°51, p. 55 ; B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998 : l'auteur constate l'existence de deux ensembles, actif et passif, qui sont indépendants l'un de l'autre.

⁵⁵⁹ Le Professeur SÉRIAUX écrit donc : « à l'homme de la rue, à ce citoyen banal que nous sommes tous peu ou prou, nul n'a jamais pu faire croire que son patrimoine fût autre chose que l'ensemble de ses seuls biens... Mais de dettes, il n'en est point question » : A. SÉRIAUX, *op. cit.*

⁵⁶⁰ ZACHARIAE, qui a grandement inspiré la théorie du patrimoine, n'entendait le patrimoine que comme une universalité de biens : V. LASSERE, *La doctrine du patrimoine chez ZACHARIAE*, Mémoire de DEA, Paris II, 1995, éd. Cujas, p. 67 ; M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004, p. 225.

⁵⁶¹ V. notamment FR. CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011, p. 312.

⁵⁶² En ce sens, M. RAÏMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, LGDJ 2002, n°24, p. 12.

⁵⁶³ Nombreux sont les auteurs en ce sens : A. SÉRIAUX, *op. cit.* ; FR. CHÉNÉDÉ, *op. cit.* ; D. HIEZ, *op. cit.* ; C. KUHN, *op. cit.*, N. JULLIAN, *op. cit.* ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010, n°63, p. 47 ; CL. WITZ, *JCI Code civil*, V° Droit de gage général, n°9 ; N. MERVORACH, « Le patrimoine », *RTD Civ.* 1936, p. 11 et s.

naît leur créance. Dans la perspective du recouvrement d'une créance, tous les débiteurs n'offrent pas une garantie de même valeur. Il convient donc de constater que lorsqu'une obligation est contractée, la solvabilité est toujours en cause. Celle-ci est déterminée selon l'avoir du débiteur mais également selon ce que ce dernier doit⁵⁶⁴. Ainsi, la valeur de la dette, quoique négative, doit être prise en compte dans l'analyse de l'assiette du droit de gage général et, partant, dans le fonctionnement du patrimoine⁵⁶⁵. Le banquier pensera ainsi à demander à l'emprunteur s'il est déjà débiteur d'un crédit. Tout commerçant qui contracte avec une société cherche à s'assurer de la solvabilité de cette dernière avant d'entrer en négociation avec elle⁵⁶⁶. Parfois, le Droit assure lui-même l'information : c'est le but par exemple de la publicité foncière. Un débiteur/propriétaire d'un immeuble est un débiteur rassurant. Mais si cet immeuble est déjà grevé de plusieurs sûretés, le cocontractant aura plus de scrupule à s'engager dans des relations avec le propriétaire. Le Droit impose encore la vérification des capacités financières du débiteur au créancier dans le cadre du cautionnement, faisant ainsi apparaître l'inclusion nécessaire des dettes dans l'évaluation du patrimoine⁵⁶⁷. Toutes ces situations pratiques révèlent la nécessité d'estimer le patrimoine en cours de vie, lequel fait apparaître les richesses mais également les dettes⁵⁶⁸. En somme, le patrimoine peut être assimilé à une valeur abstraite qui, seule, permet de mettre en relation biens et dettes, et d'offrir une garantie efficace des dettes⁵⁶⁹. En tant que tel, chaque créancier voudra s'assurer de la substance de son droit de gage général. Pour ce faire, il pourra prendre en compte l'avoir actuel ou potentiel du débiteur (les biens présents et à venir) mais aussi ce qu'il doit d'ores et déjà au moment où sa propre créance naît. Au-delà de l'intérêt pour un créancier de connaître le passif de son débiteur, ce dernier est également concerné par l'évaluation de sa propre capacité d'endettement. Les techniques de gestion de patrimoine permettent d'ailleurs d'illustrer ce propos puisqu'avant de s'endetter, le débiteur/propriétaire

⁵⁶⁴ En ce sens, Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz 2013, n°1096, p. 1144 : « le droit de gage général ne procure qu'une sécurité relative. Sa généralité n'est un avantage qu'en apparence. Si les créanciers bénéficient de certaines protections particulières (...), ils subissent pleinement les conséquences de l'accroissement du passif ».

⁵⁶⁵ Cf. *supra* (n°43 et s.).

⁵⁶⁶ D'où l'exigence d'ailleurs de la publication des comptes annuels des sociétés à responsabilité limitée : art. L.232-23, C. Com ; art. L.232-22, C. Com ; art. R.210-18, C. Com. L'exigence ne concerne pas les sociétés à responsabilité illimitée dans la mesure où ce que le tiers cocontractant perd en information préalable à son engagement, il le retrouve dans la possible poursuite des associés en cas de défaillance de la société.

⁵⁶⁷ Art. L.341-4, C. Conso. qui vise expressément l'idée d'un patrimoine assimilable à une valeur mettant en relation les biens et les dettes de la caution.

⁵⁶⁸ L'appréciation de la disproportion de l'engagement de la caution prend d'ailleurs en compte ses autres engagements : Com, 17 oct. 2018, n°17-21857.

⁵⁶⁹ L'universalité de droit, plus généralement, constitue une valeur globale latente qui n'a vocation à se révéler qu'au jour de sa liquidation (cf. *infra* : n°209 et s.).

a tout intérêt à faire la balance entre ses richesses et ses dettes pour déterminer s'il est capable de s'engager envers un autre créancier. Autrement dit, l'évolution constante des obligations et des appropriations permet de faire évoluer le rapport dette/bien sur lequel repose les échanges et le crédit. La corrélation entre actif et passif, inhérente à la notion de patrimoine et, plus largement, d'universalité de droit⁵⁷⁰, impose alors l'inclusion tant des biens que des dettes dans l'ensemble abstrait.

146. L'inclusion des dettes en raison de la fonction de transmission – L'intégration d'un passif dans le patrimoine est d'abord utile en ce qu'elle permet de justifier la transmission des dettes, au décès d'une personne, à ses héritiers⁵⁷¹. Le patrimoine, structuré autour d'un lien interne entre les biens et les dettes, est fédéré autour de l'activité d'une personne⁵⁷². Or lorsque cette activité cesse – en raison du décès de son exploitant – ou est cédée – notamment aujourd'hui pour les personnes morales – c'est l'ensemble des biens comme des dettes qui est transmis. Ainsi, lorsque le législateur prévoit les transmissions universelles de patrimoine, il entend transférer les biens affectés à l'activité transmise mais

⁵⁷⁰ C'est d'ailleurs ce critère qui permet de distinguer les universalités de fait et les universalités de droit (cf. *infra* : n°9) ; à ce propos, v. R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Sirey 1931, spéc. p. 318 et s. ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, éd. Varenne 2008, spéc., n°170, p. 99 ; et dans cette acception du patrimoine v. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, §544 ; H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, éd. Arthur Rousseau, 1910, p. 419 et s. ; F.H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, LGDJ 1957, n°140, p. 128 ; J.P. REMPLER, *L'individu et son patrimoine*, th. Paris 1910, p. 122 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°247, p. 185 ; G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, LGDJ 1903, p. 67 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, n°203, p. 154 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, LGDJ 1952, n°15, p. 19 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois 2010, n°11, p. 8 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey 1938, n°648, p. 374 ; Fr. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2010, n°17, p. 23 ; Fr. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°134, p. 205 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ 2010, n°3, p. 4 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n°175 : via un parallèle avec le passif de l'indivision.

⁵⁷¹ En ce sens, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, spéc. n°87, p. 80 ; J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°443, p. 503 ; mieux encore, la théorie du patrimoine serait fondée sur ce principe de transmission universelle en droit des successions et non sur le droit de gage général : v. M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004 ; Fr. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 : certains, tel que le professeur SÉRIAUX, pourraient tenter de fonder la transmission du passif sur l'idée de continuation de la personne mais cette fiction est peu convaincante car n'étant d'aucune utilité (v. O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universelles*, th. Paris, 1902 ; P. CAZELLES, *De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmission universelle*, th. Paris, 1905 ; M.L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris X, 1994 ; R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, spéc. n°23, p. 22) elle n'a surtout aujourd'hui plus réellement de sens au regard du droit positif. En effet, les héritiers ne sont désormais plus tenus *ultra vires successionis* sauf s'ils l'acceptent (art. 785 et 791 du Code civil) ; v. M. GRIMALDI, *Droit civil – Successions*, Litec 2001, n°549-550, p. 545-546 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°48, p. 59).

⁵⁷² Cf. *supra* (n°56 et s.).

aussi les obligations qui sont nées de son exercice⁵⁷³. C'est bien ici considérer que le patrimoine comprend les premiers comme les secondes.

147. L'inclusion des dettes en raison de la fonction de responsabilisation. – Le patrimoine doit être composé activement et passivement car son mécanisme repose sur la corrélation de l'actif et du passif⁵⁷⁴. Les deux se présentent alors comme les rouages d'une même machine. Les dettes sont garanties par les biens, l'actif répond du passif à travers le droit de gage général qui est la fonction du patrimoine⁵⁷⁵. Partie intégrante de la notion de patrimoine – et de celle d'universalité de droit⁵⁷⁶ – cette corrélation est un élément substantiel de sa définition. Il convient dès lors de préciser que si certains auteurs lisent une incohérence dans le patrimoine, c'est parce qu'ils considèrent que le droit de gage général a pour assiette le patrimoine alors que cette assiette ne correspond en réalité qu'à l'actif du patrimoine, potentiellement diminué des dettes qui le grèvent⁵⁷⁷. Par ailleurs, il est impossible d'envisager le patrimoine de façon statique, il doit être constamment en mouvement⁵⁷⁸. En ce sens, un patrimoine sans dette est un ensemble figé, un inventaire d'objets. Si le patrimoine

⁵⁷³ En ce sens, la jurisprudence et la doctrine s'entendent pour analyser l'apport partiel d'actif comme la transmission d'un patrimoine entre vifs : Com, 16 févr. 1988, *Banque Antillaise*, Bull. Civ. IV, n°69, n°86-19645 ; Com, 5 mars 1991, *SA Coignet*, Bull. Civ. IV, n°100, n°88-19629 ; J.P. LE GALL, « Apport partiel d'actif et transmission universelle », *Mélanges M. JEANTIN*, Dalloz, p. 259 et s. ; R. RAFFRAY, th. préc., n°221 et s., p. 181 et s. ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I, 2016, n°152 et s., p. 149 et s.

⁵⁷⁴ Même ceux qui proposent de contester la double composition du patrimoine reconnaissent que celui-ci a besoin de la corrélation actif-passif pour avoir un sens. Ainsi, D. HIEZ écrit-il que « ce lien est le socle commun à toutes les constructions du patrimoine » : D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine*, LGDJ 2003, n°39, p. 33. De manière plus subtile mais tout aussi erronée, A. SÉRIAUX réfute toute « corrélation directe entre un actif et un passif » pour faire revenir la corrélation dans la « personne de l'obligé » (note préc., *RTD Civ.* 1994, n°1, p. 803). L'idée est alors de considérer que le patrimoine est un ensemble d'avoirs et que les obligations relèvent nécessairement de l'être. Toutefois, cette analyse permet d'une part, d'établir une corrélation entre les deux, et, d'autre part, elle ignore l'aspect réel des obligations (sur ce point, v. *supra* n°137), aspect dont l'auteur reconnaît pourtant l'existence : A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF 2006, n°1, p. 1.

⁵⁷⁵ D'origine romaine, le droit de gage général entendu comme garantie offerte à tous les créanciers, a été reprise par les rédacteurs du Code civil pour permettre à tout créancier d'exercer une menace sur le débiteur ; v. à propos de l'origine du droit de gage général : Fr. ZÉNATI et Th. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, PUF 2013, n°62, p. 131 et s.

⁵⁷⁶ Cf. *infra* (n°209 et s.).

⁵⁷⁷ En ce sens, Cl. WITZ, *JCI Gage – Droit de gage général*, Fasc. 10, version 2009, n°29 ; R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et P. VOIRIN, *Cours de droit civil français – Les sûretés personnelles et réelles*, t. XIV, éd. Arthur Rousseau, 1948, n°30, p. 35.

⁵⁷⁸ Il serait ici tentant de lire un paradoxe entre la transmission du patrimoine au décès de son titulaire d'une part et la lecture nécessairement dynamique (et non statique) du patrimoine d'autre part. En réalité, il n'y a pas de contradiction. En effet, si pendant la durée de la vie, la composition du patrimoine est nécessairement fluctuante car rattachée à l'activité de son titulaire, elle se fige au moment du décès – à l'image de la communauté légale. En effet, les mouvements cessent nécessairement puisque l'activité est également interrompue, de sorte que l'analyse du patrimoine passe d'une chose en mouvement à une chose fixe.

ne peut se passer de la corrélation entre les biens et les dettes, c'est qu'il ne peut se passer de ces dernières.

148. Conclusion sur la composition. – Orienté vers la responsabilisation et le remplacement de la contrainte par corps, le patrimoine est une structure qui met en relation des biens et des dettes. La définition du bien comme de la dette s'impose alors. Or le bien juridique ne doit intégrer le patrimoine que s'il permet de remplir sa fonction. De cette idée découlent deux constats : il convient de distinguer le bien juridique du bien patrimonial et le bien n'intègre le patrimoine que s'il permet la garantie effective des dettes – puisque cette garantie représente la fonction de l'universalité. Or le bien ne peut remplir cette fonction que s'il est susceptible, à un moment ou à un autre, d'être saisi. La saisissabilité se présente alors comme le critère de la patrimonialité. Il faut cependant préciser que l'universalité, existant sur un mode idéal et intemporel, la saisissabilité à prendre en compte doit être absolue. Ainsi, les biens temporairement insaisissables ne doivent pas être exclus du patrimoine. C'est pour cette même raison que le patrimoine n'a pas, avant liquidation, de valeur fixe. Mais parce qu'il représente toujours une valeur potentielle à un moment T, le patrimoine doit intégrer les dettes.

149. Conclusion de la section. – Le créancier titulaire d'une créance dispose d'un droit de gage général en vertu de l'article 2284 du Code civil. Pour rendre ce droit efficace et permettre au créancier d'accéder aux biens de son débiteur, deux préalables sont nécessaires. Ce n'est que par l'existence de deux liens – un premier entre la chose et le débiteur (la propriété) et un second entre le débiteur et le créancier (l'obligation) – que le droit de gage général peut exister. Le patrimoine est la notion qui permet à ces deux liens de coexister dans un ensemble cohérent, de faire vivre simultanément le sujet en tant que propriétaire de biens et en tant que débiteur d'obligations. C'est d'ailleurs pour cette raison que le patrimoine est souvent présenté comme un réceptacle de deux types de valeurs : les premières positives sont l'ensemble des biens saisissables du débiteur et traduisent le premier lien, les secondes sont l'ensemble de ses dettes, et représentent à leur tour le second lien. Le patrimoine doit donc nécessairement comprendre les biens comme les dettes. Il se présente alors comme le lien entre deux ensembles qui se rencontrent⁵⁷⁹. Cette rencontre est la signification du droit de gage général, elle en constitue la réalisation – qui relève des obligations et donc du personnel – sur les biens du débiteur – qui relève du réel. « Sans doute,

⁵⁷⁹ Cf. *infra* (n°158 et s. ; v. aussi n°209 et s.).

il existe entre l'actif et le passif une différence de nature, mais cela n'empêche pas que l'actif et le passif d'une même personne ne forment par leur étroite liaison une somme totale, un tout juridique pouvant s'exprimer par une valeur unique.⁵⁸⁰ ».

⁵⁸⁰ R. GARY, Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit, Sirey 1932, p. 319.

**SECTION 2 – UNE APPROCHE COMMUNE DE L’UNIVERSALITE DE DROIT ET
DU PATRIMOINE : LA NOTION DE MASSE**

150. Universalité et fonction du patrimoine. – L’universalité de droit comme le patrimoine sont orientés vers une fonction identique de responsabilisation du sujet de droit. Réunissant des biens et des dettes pour servir cette fonction, les deux notions partagent plus qu’une structure et constituent deux types d’objet singulier. Se présentant comme des masses abstraites, l’une comme l’autre, ne peuvent se réduire à l’addition de l’ensemble de leurs composants. La fonction de responsabilisation attribuée aux universalités de droit ne peut se passer de cette mise en relation des biens d’un côté et des dettes de l’autre. Parce qu’elle se rattache à un intérêt souvent très large et que les biens et les dettes concernés peuvent intégrer l’ensemble à n’importe quel moment, l’universalité se présente comme une abstraction libérée du temps et de l’espace. Nous avons vu qu’elle repose nécessairement sur plusieurs notions et qu’elle doit par conséquent être pensée comme une structure. En ce sens, elle peut se rapprocher de plusieurs notions connues du droit français.

151. Stabilité et dynamisme. – Certains auteurs ont proposé de voir dans le patrimoine et, par extension, dans l’universalité de droit, une abstraction comptable. Elle se présenterait alors comme un ensemble de valeurs qui se rencontrent. À ce titre, elle semble assimilable à d’autres techniques juridiques tels que les comptes bancaires, et notamment les comptes courants (I). Bien qu’un tel parallèle soit séduisant, l’insuffisance de cette analyse pousse à définir l’universalité de droit comme une simple masse. Notion peu connue, celle-ci demande à être précisée (II).

I. L’appréhension statique de l’universalité de droit

152. Le rapprochement avec les structures comptables. – L’universalité de droit, composée d’un actif et d’un passif corrélatifs, se rapproche du compte en ce qu’elle semble composée de valeurs, positives et négatives. Identiques dans leurs compositions, les deux notions semblent également pouvoir être rapprochées par leur fonctionnement : l’existence d’un actif et d’un passif dans les deux cas permet de parvenir, grâce à une corrélation entre ces éléments, à un solde final en faisant la soustraction de l’un à l’autre⁵⁸¹. C’est d’ailleurs

⁵⁸¹ En ce sens, P. CAZELLES, *De l’idée de continuation de la personne comme principe de transmission universelle*, th. Paris, 1905, p. 393 et s. ; P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *RTD*

dans une telle analyse que l'appréhension du contenu du patrimoine sous forme de valeurs pécuniaires semble la plus opportune. Relevant de la même idée, le parallèle entre les deux notions est d'autant plus convaincant qu'elles relèvent toutes deux d'une abstraction⁵⁸². En effet, les éléments qui composent chacun de ces ensembles sont de natures différentes : il s'agit d'opposer les dettes d'une part et les biens ou les créances d'autre part. Dans les deux cas, la valeur positive s'oppose à la valeur négative ; or envisager les seules valeurs ou la « valeur pure » revient à passer par les abstractions mathématiques que sont les chiffres.

153. L'utilité d'une vision statique du patrimoine – Au décès d'une personne physique – ou à la dissolution d'une personne morale –, le patrimoine présente nécessairement un solde correspondant à la différence entre ce que la personne a et ce que la personne doit. Le raisonnement vaut également pour les autres universalités juridiques puisqu'à la liquidation d'un régime matrimonial ou au partage d'une indivision, l'établissement des comptes fait apparaître un solde. Parvenir à ce solde suppose une évaluation des éléments qui composent l'universalité⁵⁸³. Le règlement du passif patrimonial lors de la « mort » d'une personne – physique ou morale⁵⁸⁴ – nécessite par conséquent de mettre en relation des valeurs monétaires⁵⁸⁵. Si « le mort saisit le vif », c'est en raison de ce rapport nécessaire que le Droit a construit autour de l'abstraction « valeur ». Parvenir à un solde doit donc passer par un calcul et ce calcul permet d'assimiler le patrimoine au compte. De la même manière, la masse commune et l'indivision doivent être évaluées et liquidées avant de faire l'objet d'un partage. Dans ces deux cas, l'opération est d'ailleurs faite en valeur⁵⁸⁶. L'universalité doit donc, à un moment déterminé, faire l'objet d'une évaluation

Civ. 1920, p. 79 et s. ; R. BEUDANT, P. LEREBOURG-PIGEONIERE, P. VOIRIN, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. IV, éd. Arthur ROUSSEAU, n°19.

⁵⁸² Ainsi, les auteurs font souvent référence au compte en le désignant en tant que « construction intellectuelle » ; en ce sens, PH. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, Dalloz 2010, n°335, p. 163 ; M.T. CALAIS-AULOY, « Compte courant », in *JCI Banque*, Fasc. 210 ; R. DESGORCES, « Relecture de la théorie du compte courant », *RTD Com.* 1997, p. 383 et s.

⁵⁸³ Ce qui permet de rejoindre les critères de qualification du bien patrimonial précédemment retenus : *cf. supra* (n°125).

⁵⁸⁴ C'est ainsi que THALLER écrivait que la faillite produisait des effets qui rendent le patrimoine statique : « c'est une vraie cristallisation de biens qu'entraîne instantanément le jugement de concours. Le patrimoine se fige, ou, si l'on me permet quelque autre métaphore, il vient se photographier avec ses éléments actifs et passifs, dans une chambre noire où un vigoureux fixatif le retient tout aussitôt » : E. THALLER, *Faillites en droit comparé*, éd. Arthur ROUSSEAU 1887, t. I, p. 345.

⁵⁸⁵ Pour les personnes physiques, il convient d'envisager ici l'hypothèse d'une succession acceptée sous bénéfice d'actif net puisqu'en cas d'acceptation pure et simple, le solde n'apparaît pas, les biens comme les dettes se fondent dans le patrimoine respectif des héritiers : art. 785, C. Civ.

⁵⁸⁶ Le premier alinéa de l'article 826 du Code civil prévoit expressément que dans le cadre d'une indivision, « l'égalité dans le partage est une égalité en valeur ». La masse commune passe également par une évaluation monétaire des biens et des dettes qu'elle contient même si le partage se fait d'abord par un prélèvement en nature : art. 1470 et s., C. Civ.

finale faisant apparaître un solde, une valeur définitive. La traduction du bien sous forme d'argent permet alors de déduire l'ensemble des dettes de l'ensemble des biens. En ce sens, l'universalité juridique pourrait être qualifiée de compte au moment de sa liquidation.

154. L'utilité d'une vision figée de l'universalité. – Une telle analyse est possible au moment de la liquidation de l'ensemble universel mais elle l'est également lorsqu'elle est envisagée en cours de vie ou de fonctionnement. En effet, la corrélation entre l'actif et le passif est en réalité constante. Les textes eux-mêmes le prévoient en ce que le créancier dont la créance – et donc le droit de gage général – naît à un moment donné peut saisir, en paiement de sa créance, un bien qui ne se trouvait pas dans le patrimoine de son débiteur audit moment⁵⁸⁷. C'est ce que prévoit le Code civil lorsqu'à son article 2284, il dispose que le créancier peut se payer sur tous les biens « présents et à venir » de son débiteur. Ces dispositions permettent d'affirmer que le droit que le créancier détient sur le patrimoine de son débiteur ne porte pas sur un bien déterminé mais sur un bien quelconque. Cette idée est renforcée par celle selon laquelle le patrimoine permet d'évaluer la capacité d'endettement d'une personne lorsqu'elle contracte une nouvelle dette⁵⁸⁸. Il s'agit donc bel et bien d'abstractions positives et négatives qui relèvent du domaine comptable. Ce raisonnement est d'autant plus vrai pour les universalités dont l'autonomie n'est pas symétrique : le créancier de la masse commune ou celui de l'indivision pourra saisir n'importe quel bien dans l'universalité à l'origine de sa dette mais également dans le patrimoine personnel de son débiteur. En d'autres termes, l'appréhension de chacune de ces notions permet de les rapprocher en ce qu'elles sont toujours envisagées en tant que contenants abstraits et indépendamment de leurs contenus qui forment des unités⁵⁸⁹. La qualification d'universalité appliquée au compte par certains auteurs permet d'ailleurs d'aller en ce sens⁵⁹⁰.

155. L'absence d'effet novatoire dans l'universalité. – D'autres auteurs se sont pourtant efforcés d'annihiler cette comparaison entre patrimoine et compte. La constatation d'une balance entre actif et passif semble insuffisante car si les structures de chacun de ces mécanismes se rapprochent, leurs régimes sont foncièrement différents. En effet, le compte suppose une extériorité car il met en jeu deux personnes : le créancier et le débiteur. Chacune

⁵⁸⁷ GARY décrit ainsi le patrimoine comme un ensemble dont « la valeur présente s'apprécie quand un créancier à un moment donné de l'existence du patrimoine s'attaque à lui » : R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Sirey 1932, p. 170.

⁵⁸⁸ Cf. *supra* (n°143 et s.)

⁵⁸⁹ En ce sens, FR. ZÉNATIET TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°8i, p. 37.

⁵⁹⁰ N.H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, Th. Paris II, 2003.

des parties correspond à l'actif ou au passif du compte et celui-ci repose donc sur l'effet novatoire des opérations effectuées sur le compte⁵⁹¹. Cet effet novatoire qui emporte extinction des dettes par leur simple entrée en compte « n'a aucun sens dans le patrimoine⁵⁹² ». En effet, il convient ici de constater que la dette ne s'éteint pas en intégrant le patrimoine, elle peut ne jamais affecter les éléments qui le composent. Prenons par exemple un contrat de louage d'ouvrage ; l'obligation ici contractée par le débiteur constitue une obligation de faire. Ce n'est qu'en cas d'inexécution, à laquelle s'ajouterait l'impossibilité de demander l'exécution forcée⁵⁹³, que le créancier exercera un droit sur les biens contenus dans le patrimoine de son débiteur. Si en revanche, ce dernier exécute l'ouvrage, le créancier n'aura, à aucun moment, modifié la consistance du patrimoine. La simple titularité de la créance et donc son intégration dans le patrimoine ne suffit pas à emporter son extinction par novation.

156. Le rattachement (possible) à une personne unique. – Lié à ce premier argument en existe un second : le compte est un tableau de créances et de dettes entre deux personnes, l'une envers l'autre ; c'est un mode organisé d'une pluralité de compensations, une sorte de contrat cadre pour les compensations nées des multiples opérations effectuées entre ces deux personnes. Le patrimoine en revanche met en relation une personne et tous ses créanciers : il dépasse la relation binaire. Il peut certes y avoir dans le patrimoine l'idée de compensation, issue de la fongibilité en valeur de ses éléments⁵⁹⁴, mais l'idée d'une relation établie entre deux personnes y fait défaut. En ce sens, le compte repose sur une convention alors que le patrimoine existe indépendamment des relations que son titulaire entretient avec les autres⁵⁹⁵.

157. L'impossible assimilation au compte pour la liquidation. – La potentialité du patrimoine et des droits que les tiers peuvent avoir sur celui-ci empêche toute appréhension statique du patrimoine. Nous avons cependant vu qu'un tel parallèle peut avoir un sens lorsque l'activité du titulaire (propriétaire et débiteur à la fois) est figée. Lorsque la vie cesse, le titulaire du patrimoine ne peut plus faire entrer de biens dans son patrimoine, l'actif est ainsi gelé. De la même manière, il n'est plus susceptible de créer de nouvelles dettes en

⁵⁹¹ V. par exemple, Com, 13 déc. 2005, n°04-15255, *RD. Banc. & Fin.* 2006/6, p. 10, obs. FR. J. CRÉDOT & TH. SAMIN.

⁵⁹² D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°32, p. 28 : l'auteur poursuit en constatant l'absence d'effet novatoire lors de l'entrée d'une créance dans le patrimoine.

⁵⁹³ Art. 1221, C. Civ.

⁵⁹⁴ Cf. *supra* (n°66 et s.)

⁵⁹⁵ R. GARY, th. préc. p. 322.

s'obligeant personnellement : le passif est donc également figé⁵⁹⁶. De la sorte, le patrimoine perd le dynamisme qui lui est inhérent de sorte que l'assimilation du patrimoine au compte devrait retrouver tout son sens⁵⁹⁷. Cependant, le Droit des successions n'établit pas l'existence d'un solde pour la dévolution du patrimoine du défunt : tout est ainsi fait pour que les héritiers récupèrent séparément l'actif et le passif, ensembles qui vont se fondre dans le patrimoine de chacun des héritiers. Le législateur ne fait pas correspondre l'actif et le passif successoral dans son ensemble : il prend en compte la pluralité de successeurs et applique donc le principe de division des dettes avant de procéder à un éventuel solde⁵⁹⁸. En effet, dans l'hypothèse de plusieurs successeurs, si l'un d'entre eux accepte à concurrence de l'actif net et deux autres acceptent purement et simplement la succession, le créancier du *de cujus* devra se tourner vers chacun pour sa part de la créance⁵⁹⁹. En ce sens, le patrimoine n'est pas un ensemble comptable, même au moment de sa liquidation. Envisager le patrimoine sous forme de compte nécessite de stopper l'activité du titulaire car ce n'est qu'ainsi qu'il est possible de parvenir à un solde. Si au moment où le calcul du solde est effectué, le titulaire du patrimoine acquiert un bien ou contracte une dette, le solde s'en trouve nécessairement et immédiatement modifié. Or quelle garantie existe-t-il alors pour les créanciers antérieurs ? C'est que cette garantie n'existe pas, elle ne peut exister car elle porterait trop fortement atteinte à la liberté du débiteur propriétaire, à sa liberté de disposer des biens et à sa liberté de contracter de nouveaux engagements. L'activité économique ou simplement humaine s'en trouveraient alors paralysées. Parce qu'ils ne peuvent être figés, les éléments du patrimoine sont en mouvement constant. L'ensemble ne peut donc être appréhendé de façon statique.

II. L'appréhension dynamique de l'universalité de droit

158. L'universalité, abstraction temporelle. - Abstraction dont l'existence perdure, l'universalité est marquée par la permanence. Parce qu'elle sert un objectif lointain, l'universalité est liée à la durée plutôt qu'au moment. C'est d'ailleurs ainsi que le patrimoine comprend non seulement les biens présents mais également les biens à venir. De la même

⁵⁹⁶ Exception faite des dettes nées de la gestion de l'actif et qui se rattachent, par destination, audit actif.

⁵⁹⁷ Un auteur écrit ainsi que « la succession est une universalité à laquelle le *de cujus* donnait la vie. Son décès immobilise cette universalité. Il faut la fixer, la pétrifier en quelque sorte, en l'état où elle se trouvait au moment de la mort de son titulaire, arrêter à ce jour ses opérations » : R. PERCEROU, « Liquidation du passif héréditaire en droit comparé, *RTD Civ.* 1905, p. 811 et s.

⁵⁹⁸ L'article 864 du Code civil va dans ce sens en énonçant que « lorsque la masse partageable comprend une créance à l'encontre de l'un des copartageants, exigible ou non, ce dernier en est alloué dans le partage à concurrence de ses droits dans la masse ».

⁵⁹⁹ C'est ce qui ressort de l'article 792-2 du Code civil.

manière, le créancier des époux peut saisir n'importe quel bien commun, y compris ceux qui ne figuraient pas dans la masse commune au moment où sa créance est née. Les créanciers d'un fonds commun de titrisation peuvent tout autant saisir des titres qui ne figuraient pas dans le fonds au jour où leur créance est née. « Les universalités ne peuvent demeurer figées dans leur composition. Par besoin ou désir, calcul économique ou adaptation technique, le titulaire est amené à aliéner, acquérir, échanger. Avec plus ou moins de fréquence, des biens entrent, d'autres sortent ; par les revenus, le travail, l'invention, des enrichissements sont possibles. Pourtant le réceptacle est toujours le même : la distinction du contenant et du contenu se laisse transposer du sens matériel en un sens intellectuel. C'est que l'universalité se caractérise par son identité dans le temps⁶⁰⁰. ».

159. L'universalité, abstraction spatiale. – Plus qu'un concept intemporel, l'universalité est aussi une abstraction spatiale. En effet l'universalité est envisagée comme un contenant qui ne fait pas perdre aux contenus leur individualité. Elle se distingue ainsi de la chose composée qui, au contraire, est faite d'objets matériellement rattachés les uns aux autres⁶⁰¹. Dans sa thèse, Madame KUHN s'est intéressée à la notion d'universalité. Assumant l'identité classique entre patrimoine et universalité, l'auteure a cherché, à l'occasion de son étude du patrimoine fiduciaire, à définir l'universalité de droit. Elle la présente alors davantage comme un contenant ou une enveloppe plutôt qu'un ensemble puisqu'il y a, dans l'universalité, l'idée d'une « structure autonome » et non celle d'une addition de choses⁶⁰². Au service de son raisonnement, elle souligne, d'une part, que l'universalité existe même vide ; elle met, d'autre part, en évidence que les éléments contenus dans l'enveloppe peuvent être de nature différente que celle de l'enveloppe même⁶⁰³. En tant que telle, l'universalité semble présenter « des utilités *ab initio*, avant toute opération d'intégration et son alimentation permet de fabriquer l'utilité recherchée⁶⁰⁴ ». Il est possible de lire dans cette présentation de la « structure autonome », une affectation du contenu à un objectif supérieur qu'est celui poursuivi par la création de l'universalité. En d'autres termes, l'universalité se présente comme un ensemble créé dans le but d'atteindre un objectif identifié et, ce n'est que

⁶⁰⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, t. II, PUF 2004, p. 1629.

⁶⁰¹ V. sur ce sujet A.S. FERMANEL DE WINTER, « Universalité de fait et universalité de droit », *Revue juridique de l'Ouest* 2008/4, p. 409 et s., spéc. p. 426-430.

⁶⁰² L'auteure revient ici sur l'analyse que GARY fait de l'universalité. Pour ce dernier, les éléments contenus influent sur l'existence et la nature de l'enveloppe même. Et puisqu'il écrit que « l'universalité de droit est d'abord une universalité de fait », son raisonnement semble s'appliquer à toute sorte d'universalité.

⁶⁰³ C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°26 et s., p. 26 et s.

⁶⁰⁴ C. KUHN, th. préc., n°50, p. 44.

dans la poursuite de ce but que l'ensemble va y intégrer des objets. C'est pourquoi la masse commune par exemple est créée par le mariage quand bien même il ne comprendrait à ce moment précis aucun bien. La mise en commun des richesses et l'amélioration du crédit des époux constituent ici les objectifs poursuivis dans la création d'une telle universalité juridique. Ce sont ces mêmes objectifs qui vont fonder la qualification d'acquêts pour toutes les acquisitions faites pendant le mariage⁶⁰⁵. De la même manière, la création d'un statut d'EIRL passe par l'affectation de biens spécifiques à l'exploitation desdits biens dans un but lucratif. Ce but justifie alors la création de l'universalité de droit et, partant, la réunion des biens⁶⁰⁶.

160. L'universalité, abstraction née de l'affectation. – Le rassemblement des biens qui s'effectue à travers la notion d'universalité répond à un besoin, chez les juristes, de classification, laquelle sera réalisée par l'unification d'éléments partageant une ou plusieurs caractéristique(s) commune(s). Unifier des choses semblables relève alors du bon sens⁶⁰⁷ mais unifier le divers appelle un élément fédérateur. Nous l'avons vu pour le patrimoine personnel, l'ensemble est affecté à « l'intérêt général et indifférencié » de la personne⁶⁰⁸. Le raisonnement vaut en réalité pour toutes les universalités et les auteurs qui se sont intéressés à la question ont constaté que la réunion des éléments dans tout ensemble universel réside dans une destination commune⁶⁰⁹. De ce premier constat naît l'idée selon laquelle, tous les éléments d'une universalité doivent être destinés à la même fin. Il en découle deux conséquences importantes : l'universalité se présente comme le résultat d'une affectation et la caractéristique essentielle de l'universalité est la permanence. La permanence du contenant

⁶⁰⁵ La présomption d'acquêt de l'article 1402 milite d'ailleurs en faveur de cette analyse.

⁶⁰⁶ GARY écrit ainsi que « le patrimoine, chez Aubry et Rau, est, avant tout, une notion subjective, un aspect de la personnalité si l'on envisage le patrimoine abstraction faite du temps et de l'espace ; mais il est aussi une notion objective si l'on considère son état à un moment donné, puisque le patrimoine se ramène pour eux à l'ensemble des biens qu'une personne est susceptible d'acquérir de sa naissance à sa mort. (...) C'est par cette distinction fondamentale de deux sens, revêtus par la notion de patrimoine dans ses relations avec la personnalité, que l'on peut concilier le principe d'indivisibilité du patrimoine avec la reconnaissance de patrimoines distincts au sein du patrimoine général d'une personne » : R. GARY, *op. cit.*, p. 168-169.

⁶⁰⁷ Lequel prend la forme du *plerumque fit* dans le système juridique : v. notamm. à ce sujet, FR. VINEY, *Le bon père de famille et le plerumque fit – Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, th. Paris I, 2013.

⁶⁰⁸ Termes empruntés à G. WICKER, *th. préc.*, n°186 et s., p. 182 et s.

⁶⁰⁹ L'étymologie de l'universalité milite en ce sens puisque *unus* signifie unité et *versus* renvoie à une direction identique (*cf. supra* : n°1) ; l'universalité est donc un ensemble uni par une même direction : en ce sens déjà, CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, §162, p. 3 ; R. GARY, *Les notions d'universalités de fait et de droit*, p. 317 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°423-1, p. 781 ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, ed. Varennes 2008, n°162 et s., p. 93 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I 2003, n°20 et s. 22 et s. ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°570 et s., p. 420 et s. ; A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux*, Dalloz 2013, n°220, p. 247 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I 2016, n°59, p. 62-64.

est identifiée par opposition à la contingence du contenu⁶¹⁰. L'appréhension de plusieurs biens comme un ensemble unique force à distinguer le contenant du contenu et c'est par ce critère de permanence qu'il est possible de parvenir à cette distinction. Finalité de la notion même d'universalité, cette dissociation fondamentale entre contenant et contenu, justifie l'emploi d'une abstraction. Il résulte de ces premiers développements trois critères de qualification de l'universalité juridique : le rassemblement de biens d'abord, la conservation de l'individualité de ces biens ensuite et la communauté de destination enfin. « Lorsqu'il s'agit d'un ensemble de choses, ayant chacune une existence physique propre et distincte, mais assujetties à une destination commune par l'unité de but économique qu'elles sont appelées à réaliser, il s'établit entre ces choses une connexité qui les fait considérer comme parties d'un tout⁶¹¹ ». GARY l'avait d'ailleurs compris en écrivant que l'universalité de droit « réunit dans son sein les éléments actifs, les biens les plus divers par la nature ou l'origine, mais elle ne répond plus à l'idée d'un bien au sens strict, elle évoque au contraire l'idée d'une masse de biens susceptibles de garder essentiellement leur physionomie une fois dispersés, de biens devant lesquels se tisse un réseau de créances et de dettes, de biens qui sont étroitement reliés entre eux par la nécessité inhérente à la notion même de répondre du passif corrélatif.⁶¹² ».

161. L'universalité : abstraction fonctionnelle. – L'universalité de droit doit être conçue comme un moyen plutôt qu'une fin : comme le patrimoine, l'affectation de biens à la poursuite d'un intérêt d'une part, et à la garantie de dettes corrélées d'autre part, permet de voir dans l'universalité juridique, un moyen d'aménager le droit de gage général des créanciers. Nous verrons d'ailleurs que la technique vise à créer alternativement une préférence, une subsidiarité ou une exclusivité du droit des créanciers sur certains biens rassemblés dans cette unique fin⁶¹³. Plusieurs remarques s'infèrent alors de ce constat : une première différence semble se dessiner entre le patrimoine d'une part et les universalités de

⁶¹⁰ En ce sens, R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français - Les biens*, par P. VOIRIN, t. IV, éd. Arthur ROUSSEAU 1938, n°15 et s., p. 13 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, PUF 2000, n°62, p. 113 ; PH. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, Defrénois, 2003, n°10, p. 8 ; W. DROSS, *op. cit.* ; R. GARY, *ibid.* ; A. DENIZOT, *ibid.* ; R. BOFFA, *op. cit.* ; C. KUHN, *op. cit.* ; M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2008, p. 209 et s. ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°315 et s., p. 198 et s. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°26, p. 25 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°938 et s., p. 430 et s. ; Fr. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°134, p. 206 ; J.P. REMPLIER, *L'individu et son patrimoine*, th. Paris, 1910, p. 121 ; R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defrénois* 1997, doct. art. 36464, n°4, p. 67.

⁶¹¹ A. CERBAN, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1939, p. 50.

⁶¹² R. GARY, *th. préc.*, p. 339

⁶¹³ Cf. *infra* (n°366 et s.).

droit d'autre part. Là où le patrimoine permet la mise en œuvre du droit de poursuite des créanciers, l'universalité de droit met en place un aménagement de ce même droit. Nous verrons que c'est précisément cette différence qui permet de faire du patrimoine une notion unique. L'étude de ces deux notions comme des abstractions permet par ailleurs de les identifier comme des notions *sui generis*, des objets particuliers. Souvent désignés comme des ensembles, des enveloppes, des contenants ou des masses, le patrimoine et les universalités de droit ne peuvent se réduire à des objets connus de nos catégories juridiques.

162. L'universalité de droit et le patrimoine, des masses de biens et de dette. – À la lecture du Code civil, le terme « patrimoine » n'apparaît qu'au sujet de la fiducie alors que les occurrences de la « masse » sont plus nombreuses⁶¹⁴. Pourtant, et comme le souligne un auteur⁶¹⁵, ce terme ne renvoie pas à une idée plus précise de ce que sont les universalités. Et la masse s'avère finalement plus appropriée car elle est entendue comme une unité composée d'éléments divers⁶¹⁶. Il n'est pas de masse avec un seul objet et il n'est pas de masse d'objets qui se confondent. En ce sens, les éléments qui y sont contenus sont nécessairement pluraux mais aussi indépendants ou, du moins détachables, les uns des autres. C'est de cette souplesse et de cette malléabilité dont les universalités ont besoin pour remplir le rôle qui leur est attribué. Pour permettre la garantie, intemporelle, des dettes, les biens qui vont et viennent au sein de chacune de ces masses doivent pouvoir être abstraitement interchangeables. En ce sens, les universalités de droit – patrimoine compris – ne sont autre chose que des masses.

163. Conclusion du chapitre : le concept d'universalité de droit. – Les débats qui entourent la notion de patrimoine rejaillissent sur celle d'universalité de droit car le constat de ressemblances entre les différentes masses de biens et de dettes force à les ranger dans une même catégorie. Si l'étendue de cette catégorie reste encore à définir, force est néanmoins de voir que l'identité de structure entre les universalités de droit identifiées en Droit positif d'une part et le patrimoine d'autre part permet d'appliquer un raisonnement unique concernant la composition et la forme que doit prendre chacune de ces masses.

164. Conclusion du titre. – Embrasser l'assimilation entre patrimoine et universalité juridique a permis de révéler l'existence de masses similaires au patrimoine. Le patrimoine

⁶¹⁴ Le mot « masse » apparaît à treize reprises dans le Code civil, principalement pour désigner l'indivision, la ou la masse commune des époux (v. par exemple art. 825 à 827 ou les articles 1467, 1470). Mais il renvoie également au patrimoine du défunt ou au patrimoine social (art. 758-5 ou 1844-9). C'est donc une notion qui semble avoir intégré les textes mais qui n'a fait l'objet d'aucune véritable définition.

⁶¹⁵ A.C. VAN GYSEL, *Les masses liquidatives en droit privé*, Bruylant 1994, p. 1-2.

⁶¹⁶ Définition du Dictionnaire Littré, V° Masse.

est donc une des universalités de droit, mais il n'en est pas la seule application car l'universalité de droit est une masse de biens et de dettes affectée à un intérêt. En effet, c'est au service d'un intérêt fédérateur déterminé que ces ensembles de biens et de dettes permettent la mise en œuvre du droit de poursuite des créanciers. Élément essentiel de leur définition, la corrélation entre actif et passif est indispensable à la fonction qui est attribuée à l'universalité de droit et au patrimoine. En ce sens, les biens et les dettes qui y sont inclus sont orientés vers cette corrélation. Ainsi appréhendée, l'universalité de droit est analysée comme une masse abstraite de biens et de dettes. Concept unique, elle ne peut être réduite à aucune autre notion connue du droit. C'est donc une notion *sui generis*, qui s'apparente à un objet qui permet la responsabilisation du sujet, à un moyen de mettre en œuvre le droit de poursuite des créanciers.

TITRE 2ND – L'AUTONOMIE DE LA NOTION D'UNIVERSALITE DE DROIT

165. L'assimilation des notions est insatisfaisante. – Le concept et la notion se distinguent par leur rôle dans l'ordonnement juridique. L'un a une portée pratique bien plus conséquente que l'autre car là où le concept n'obéit qu'aux idées, la notion appelle un régime, une application plus ou moins concrète en droit positif⁶¹⁷. Or l'identité constatée entre universalité de droit et patrimoine semble davantage possible sur le plan conceptuel que notionnel. Il est en effet difficile d'admettre que l'indivision ou la masse commune soient envisagées comme des patrimoines ou qu'elles lui soient exactement identiques⁶¹⁸. La

⁶¹⁷ Pour rappel, le concept se distingue de la notion juridique en ce qu'elle n'est qu'une idée, un symbole, une abstraction, elle n'appelle (encore) aucun régime juridique car elle se détache des considérations pratiques. En ce sens, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010, V°Concept. Le concept juridique doit être entendu comme « la construction de l'esprit, basée sur la transformation des réalités juridiques en idées pures », création intellectuelle fondée sur la logique commune, le concept juridique tend à l'abstraction des objets : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey 1924, t. 4, n°277, p. 30 ; J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1989, n°252 : « Les concepts juridiques ne sont pas toujours susceptibles d'une définition précise ; il en est, comme l'ordre public ou les bonnes mœurs, qui jouent le rôle d'éléments correcteurs et de facteurs d'adaptabilité de la règle de droit aux faits et dont les contours sont délibérément incertains [...] » : cf. *supra* (n°2).

⁶¹⁸ Bien que certains auteurs aient proposé cette analyse, ce qui milite d'ailleurs dans le sens d'un rapprochement. En ce sens concernant l'indivision : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°374, p. 323 ; P. CATALA, « L'indivision », *Deffrénois* 1979, art. 21874 ; J.G. RAFFRAY & J.P. SÉNÉCHAL, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP N* 1985, I. 130 ; J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision », in *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 331 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, p. 521 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, LGDJ 2004, n°289 et s., p. 169 et s. ; G. WICKER, th. préc., n°226, p. 214 et n°270, p. 257 ; et concernant la masse commune : S. GUINCHARD, th. préc., n°375, p. 324 et n°393, p. 337 ; G. WICKER, th. préc., n°359 et s., p. 335 et s. ; v. dans une certaine mesure, N. BARUCHEL, th. préc., n°318 et s., p. 182 et s. ; D. HIEZ, th. préc., n°199, p. 124 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc., n°452, p. 215.

redéfinition de la notion de patrimoine et la correspondance de cette définition avec d'autres masses de biens et de dettes suggèrent donc que si un rapprochement des notions est bienvenu, il ne semble pas suffire. Le patrimoine est assurément une universalité de droit mais il n'en est pas la seule déclinaison. Or les autres universalités semblent pouvoir se dissocier du patrimoine ; c'est donc que la définition retenue demande encore à être précisée.

166. Embrasser et dépasser l'assimilation des notions. – Au-delà des caractéristiques communes qu'elles partagent, ces masses de biens et de dettes, semblables au premier abord, peuvent être dissociées lorsqu'il s'agit de les analyser de manière plus précise. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause l'assimilation des notions mais plutôt de l'accepter avant de la dépasser en approfondissant l'étude comparative de ces ensembles. Une telle comparaison implique alors de s'intéresser cette fois aux différences entre les universalités identifiées d'un côté et le patrimoine de l'autre. La comparaison suggère également d'analyser les relations qu'entretiennent les différentes masses entre elles. C'est en effet ce point de contact entre patrimoine et universalités qui semble donner à cette dernière son autonomie : c'est par le concours qu'elle crée à l'égard du patrimoine que l'universalité de droit se distingue de son modèle, qu'il ne peut lui être identique. L'approche philosophique de l'altérité et de l'identité explique parfaitement le paradoxe dans lequel l'universalité semble s'inscrire dans sa relation au patrimoine⁶¹⁹ : en cherchant à être son miroir, l'universalité de droit se dresse face au patrimoine dans une relation d'altérité, de concurrence, de conflit. Elle ne peut donc être exactement identique à lui car le patrimoine n'est en concours avec aucun autre patrimoine.

167. Autonomie de l'universalité de droit. – L'étude des différences et la recherche de ce dépassement de l'assimilation offre à la notion d'universalité de droit, une véritable autonomie. C'est précisément cette étude qui fait sortir la masse universelle de la catégorie des concepts pour la faire entrer dans celle des notions juridiques, celles qui méritent un véritable régime juridique, celles qui font l'objet d'une approche systémique et qui font naître les théories générales dont elles sont l'objet. En ce sens, l'indépendance que prend la notion d'universalité de droit (CHAPITRE 1) nous permettra de proposer une classification de ces universalités (CHAPITRE 2).

⁶¹⁹ ED. HUSSERL, *Méditations cartésiennes*, Vrin 2000, p. 93 ; v. également, P. COLIN, « Identité et altérité », *Cahiers de Gestalt-Thérapie* 2001/1, n°9, p. 52 et s. ; S. CARFANTAN, *Tours et détours sur autrui – Philosophie et spiritualité*, Broché 2014, p. 26 : « Si on s'en tient à la logique, la relation d'altérité, nie que deux termes soient identiques. Identité et altérité sont alors posées comme en contradiction l'un avec l'autre. »

CHAPITRE 1 – LA NOTION D’UNIVERSALITE DE DROIT

CHAPITRE 2 – LA CLASSIFICATION DES UNIVERSALITES DE DROIT

168. Le concours entre universalités de droit et patrimoine. – Les universalités de droit sont semblables au patrimoine mais en partageant la même structure et surtout la même fonction, elles entrent en concurrence directe avec lui. Il est en effet difficilement envisageable de voir plusieurs droits de gage général au service des créanciers d’un même débiteur. C’est pourtant ce que permet le législateur lorsqu’il prévoit la création de ces masses universelles concurrentes. En effet, la fiducie ou l’EIRL offre une limitation de la responsabilité du débiteur en séparant les biens sur lesquels les créanciers peuvent agir. Et si de prime abord, l’indivision et la masse commune ne semblent pas parvenir à ce même objectif, il apparaît, en observant de plus près leur fonctionnement, qu’elles créent également une assiette de poursuite différente de celle qu’offre le patrimoine. À l’image de la sûreté réelle, l’universalité de droit influe donc sur le droit de poursuite des créanciers et apporte un aménagement au principe d’égalité qui gouverne le patrimoine. En ce sens, l’universalité ne peut être exactement identique au patrimoine.

169. Le genre et l’espèce. – La réunion de caractéristiques communes et l’identité des notions invitent à les ranger sous une seule et même catégorie ; la diversité qu’offre la définition de l’universalité de droit permet alors de voir dans la relation qu’elle entretient avec le patrimoine, un lien de genre et d’espèce. Le patrimoine se présenterait alors comme une espèce du genre universalité de droit, aux côtés des universalités spécifiques. En effet, si toutes ces masses de biens et de dettes répondent d’une définition identique, elles présentent chacune des spécificités. Le patrimoine, le fonds communs de titrisation ou

l'indivision ne cesseraient donc pas d'être des universalités parce qu'ils se distinguent les uns des autres. Comme le louage d'ouvrage ne cesse pas d'être un contrat parce qu'il se distingue de la donation, toutes ces universalités de droit semblent pouvoir être soumises à un tronc de règles communes.

170. La notion d'universalité. – Notion indépendante du droit positif, l'universalité de droit présente des caractères spécifiques qui peuvent se décliner sous différentes formes. La place que prend l'intérêt dans la construction de sa définition est, nous le verrons, centrale tant pour la découverte de sa fonction (*SECTION 1*) que pour la détermination de sa nature juridique (*SECTION 2*). Technique ou objet de droit, l'universalité de droit, en tant que masse, s'intègre dans le décor du droit des biens comme un bien extrapatrimonial, un bien qui n'intègre aucune des masses de garantie, pas même le patrimoine.

SECTION 1 – UNE FONCTION PROPRE A L'UNIVERSALITE DE DROIT

SECTION 2 – LA NATURE DES UNIVERSALITES DE DROIT

SECTION 1 – UNE FONCTION PROPRE A L’UNIVERSALITE DE DROIT

171. Une assimilation légitime des notions. – Les universalités de droit et le patrimoine permettent de justifier l’appréhension des biens du débiteur par les créanciers. En ce sens, les caractéristiques du patrimoine se retrouvent dans toutes les universalités de droit. Celles-ci sont toutes un moyen d’affecter certains biens saisissables à certaines dettes ; elles passent également toutes par la fongibilité et la subrogation réelle pour réaliser cette affectation. L’assimilation des notions trouve ainsi des fondements techniques indéniables. Cette assimilation peut également être fondée théoriquement par le rattachement nécessaire de ces masses avec l’intérêt de la personne qui en est titulaire. C’est en effet le lien entre le patrimoine et l’intérêt qui fédère ses éléments qui justifiait une confusion entre les notions puisque le droit de poursuite des créanciers est un outil au service de la personne, c’est elle qui constitue le point d’ancrage de tous ces ensembles universels. Toute dette est contractée dans l’intérêt du débiteur, de sorte que la garantie de chaque dette se fait nécessairement sur les biens de celui-ci. L’intérêt de la personne est donc l’objectif qui est au fondement de chacun de ces ensembles de biens et de dettes.

172. La pluralité des intérêts de la personne. – Si la poursuite de l’intérêt de la personne justifie l’appréhension de l’ensemble de ses biens pour la garantie de ses dettes, l’identification et la distinction des intérêts de la personne permet, à son tour, de justifier la dissociation des différents ensembles de biens et de dettes qui se répondent. Autrement dit, la dissociation des intérêts de la personne force à dissocier l’universalité juridique du patrimoine car celui-ci a une vocation générale alors que celle-là est plus spécifique. Le critère de distinction repose donc sur l’intérêt fédérateur de la masse. Là où les deux types de masse pouvaient auparavant être confondus (I), il faut désormais les dissocier malgré des caractères communs (II). Cet isolement de certains intérêts et, conséquemment des universalités de droit, crée par ailleurs un rapport entre le patrimoine d’un côté et l’universalité de droit de l’autre (III).

I. La confusion historiquement fondée sur l’unité de l’intérêt fédérateur

173. Les biens, les dettes et la personne juridique. – La notion de patrimoine et, par confusion, celle d’universalité de droit, sont traditionnellement rattachées à la personnalité juridique. La construction théorique du patrimoine est d’ailleurs perçue par certains comme

une œuvre concernant le sujet de droit plus que les biens⁶²⁰. Comme l'écrivaient AUBRY et RAU, « l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de personnalité⁶²¹ ». Sans remettre en cause ce rattachement des masses universelles à la personne juridique, il convient d'analyser le lien qui unit ces notions. Le recours à l'affectation est de nouveau la meilleure solution car l'idée de fonction appelle celle de finalité. Le patrimoine comme l'universalité de droit en tant que notions fonctionnelles, elles sont, toutes deux, orientées vers une fin, laquelle est mise en œuvre grâce à l'affectation des biens à la garantie des dettes, mais aussi par l'affectation du tout, en tant que contenant, à un intérêt qui justifie le rassemblement des biens et des dettes en question. Cette double affectation implique alors d'identifier l'élément fédérateur de chacune de ces masses car il semblerait que les différences entre patrimoine d'un côté et universalité juridique de l'autre reposent sur une dissociation de cet élément. La personne ne disparaît alors pas au profit du but comme dans la théorie objective du patrimoine, elle est simplement mise au second plan. En effet, bien que nécessaire au fonctionnement du patrimoine et, nous le verrons, de tout ensemble universel, la personne juridique n'est pas au cœur de la notion d'universalité ; elle n'en est finalement que la source mais aussi la finalité mais c'est à travers la notion d'intérêt que le lien d'affectation peut être établi. Or l'intérêt de la personne, qui justifie le rassemblement des biens patrimoniaux pour la garantie des dettes (A), n'est plus unique et le législateur a su, très vite, dissocier les différentes préoccupations du sujet de droit. C'est cette dissociation qui a justifié et qui continue aujourd'hui de fonder la création de nouvelles masses, autonomes, de biens et de dettes (B).

A. L'intérêt de la personne : élément fédérateur d'un ensemble abstrait

174. Gage général et gage « spécial ». – Le « gage » ici visé s'entend comme la garantie de toutes les obligations contractées par le titulaire du patrimoine. Cette analyse du patrimoine est d'ailleurs cohérente avec la fonction qui lui est rattachée. Il est délicat de trouver une juste qualification au droit qui est offert aux créanciers chirographaires⁶²². Il s'assimile facilement au gage par son caractère subsidiaire et par le fait qu'il s'agit d'une

⁶²⁰ J.L. BEGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ-Lextenso 2010, n°4 et s., p. 4 et s. ; FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 et s.

⁶²¹ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, op. cit., t. VI, §575, p. 229.

⁶²² V. à ce sujet, les développements du Professeur WITZ qui recense les positions sur la question de la nature juridique du droit de gage général pour retenir que les débats sont simplement théoriques et n'ont aucun incidence pratique : CL. WITZ, *JCI Civil*, V°Droit de gage général, n°52 et s.

garantie sur un bien – donc d’une garantie réelle. Il est en revanche plus discutable de retenir une telle qualification quand, d’une part, tous les créanciers en bénéficient alors que le gage est une sûreté et donc une « cause légitime de préférence » ; et, d’autre part, le gage n’est certes plus un contrat réel, il exige néanmoins l’identification d’un bien déterminé sur lequel portera la sûreté⁶²³. Le « gage » de l’article 2284 n’en est donc pas véritablement un au sens du droit des sûretés ; il demeure cependant une véritable garantie. La garantie spéciale se distingue ainsi de celle, plus générale et plus symbolique, que représente le patrimoine en ce que la première s’inscrit dans une opération déterminée, sur un objet déterminé et dans un temps précis ; la seconde en revanche, s’inscrit dans la durée et n’existe donc que potentiellement. Elle rejoint alors l’idée de capacité.

175. L’assimilation du patrimoine à la personne. – La théorie du patrimoine a proposé de voir dans l’universalité, le reflet de la personne⁶²⁴. Pour ses auteurs, le droit de gage général ne serait pas un droit effectif des créanciers, mais un droit en devenir. Or c’est précisément la définition qui est donnée de la capacité juridique⁶²⁵. Traditionnellement divisée en deux catégories – de jouissance et d’exercice⁶²⁶ – la capacité est le propre du sujet de droit. Un sujet n’est reconnu comme personne juridique que sous la condition d’être capable, sinon d’exercer, au moins de jouir de ses droits⁶²⁷. Les auteurs du patrimoine parlent également de capacité d’appropriation⁶²⁸. À la fois susceptible de jouissance et d’exercice, le droit de propriété est un des droits fondamentaux de la personne juridique. Parce que la

⁶²³ L’article 2333 du Code civil admet le gage de choses futures mais impose l’identification des biens gagés.

⁶²⁴ Les auteurs de la théorie subjective du patrimoine affirment ainsi que « en effet, comme le patrimoine d’un individu est la personnalité même de cet individu considéré dans ses rapports avec l’empire qui lui compète sur les objets du monde extérieur, il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens composant le patrimoine d’un individu décédé, sans continuer sa personne juridique, ne sont, à vrai dire, que des successeurs particuliers, à cette différence près que leur titre ne porte pas, comme celui de ces derniers, sur des objets individuellement désignés » CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, 1re éd. t. IV, § 577, p. 107-108.

⁶²⁵ Il y a en effet dans l’idée de capacité, celle de potentiel ; elle se présente comme une aptitude du sujet, une hypothétique prérogative à mettre en œuvre, à exercer. V. en ce sens, *Dictionnaire Larousse de la langue française*, V°Capacité ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, V°Capacité.

⁶²⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction – Les personnes, la famille, l’enfant, le couple*, Vol. 1, PUF 2004, n°291, p. 542 ; G. CORNU, *Droit civil – Les personnes*, Montchrestien 2007, n°14, p. 27 ; FR. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Droit civil – Les personnes*, Précis Dalloz 2012, n°295, p. 279 ; PH. MALAURIE, *Droit des personnes*, LGDJ-Lextenso 2016, coll. Droit civil, n°506 et s., p. 265 et s. ; B. BEIGNIER & J.R. BINET, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ-Lextenso 2015, coll. Cours, n°510, p. 165 ; A. MARAIS, *Droits des personnes*, Dalloz 2014, n° 252, p. 196

⁶²⁷ L’incapacité de jouissance est toujours spéciale et une personne ne saurait être privée de la jouissance de tous ses droits. En ce sens, v. FR. TERRÉ & D. FENOUILLET, *ibid.* ; A. MARAIS, *ibid.* ; PH. MALAURIE, *op. cit.*, n°502, p. 263.

⁶²⁸ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil*, §573 ; FR. COHEY-CORDET, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 819. Un auteur explique d’ailleurs ce glissement doctrinal qui a mené à une confusion entre patrimoine et personne, fondée sur la capacité d’appropriation : J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2012, n°159 et s., p. 126 et s.

personne juridique est celle qui est apte, qui est capable de jouir ou d'exercer des droits, cette personne juridique est nécessairement celle qui peut s'approprier les choses⁶²⁹. De cette idée, l'assimilation du patrimoine – comme abstraction au contenu potentiel – à la personne juridique – abstraction aux aptitudes hypothétiques – est convaincante. Le rapprochement entre l'universalité et la personne juridique se déduit par ailleurs immédiatement de la fonction historique attribuée à l'une par rapport à l'autre. C'est pour sanctionner la personne que les biens sont engagés : le patrimoine se présenterait tel un sujet mais seulement en ce qu'il a vocation à le remplacer dans le rapport d'obligation. Une fois encore, le passage de la contrainte par corps au droit de gage général des créanciers correspond à un passage du personnel au réel⁶³⁰ qui rend nécessaire la notion de patrimoine⁶³¹. Ne serait-il pas possible alors de faire correspondre cette transformation avec le lien qu'AUBRY et RAU ont créé, dans leur théorie, entre patrimoine et personne ? Il serait ici logique de penser que le patrimoine correspondant à la personne, la contrainte par corps aurait en quelque sorte survécu à son abolition. Si elle permettait auparavant au créancier de se payer sur la personne même et que cette personne est désormais remplacée par son patrimoine – puisqu'il la représente – il serait tout à fait judicieux de penser que la règle même n'a pas changée mais que c'est son assiette qui a été modifiée pour s'adapter avec les principes fondamentaux de la Révolution⁶³². Le rapprochement entre les notions de patrimoine et de personne juridique se situerait donc d'une part dans la fonction que remplit le premier à l'égard de la seconde et, d'autre part, dans le caractère potentiel et abstrait des deux⁶³³.

176. L'insuffisance de l'assimilation. – Faire du patrimoine une personne ne revient pas uniquement à lui reconnaître une capacité d'appropriation mais aussi, en toute logique, une capacité de jouissance. Il va de soi que ce n'est pas le patrimoine qui jouit des choses qui le composent mais bien la personne qui en est titulaire ; ce n'est pas l'universalité qui

⁶²⁹ Ainsi un auteur écrit-il que « Une chose est certaine : on ne peut définir la propriété comme un droit réel, direct et immédiat sur une chose matérielle, droit qui confère le pouvoir d'user et d'abuser physiquement de cette chose physique, sans nécessairement compter parmi les éléments constitutifs de la personnalité du propriétaire l'aptitude à exercer ces pouvoirs, la faculté des bisous industrielle. » : M. XIFARAS, th. préc, p. 47.
⁶³⁰ Cf. *supra* (n°29 et s.).

⁶³¹ Rappelons ici que, pour certains, le passage de l'exécution sur la personne à une exécution sur les biens ne correspond pas à la création du patrimoine comme substitut de la personne mais à un changement de conception de l'obligation. Celle-ci ne serait plus un lien personnel mais un lien réel : cf. *supra* (n°36 et n°138) ; v. surtout en ce sens, O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, th. Paris, 1902.

⁶³² En ce sens déjà, R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU », *Arch. Philo. du Droit*, Sirey 1979, 24, p. 251.

⁶³³ L'abstraction du patrimoine est rendue nécessaire par ses fonctions, historique, théorique et systémique. L'abstraction dans la personne juridique réside dans le concept même : la distinction des personnes humaines et des personnes juridiques en témoigne.

s'engage (en premier lieu) lorsqu'est contractée une obligation mais bien le débiteur. En ce sens, il est incorrect de faire correspondre personne et patrimoine car s'il était sujet de droit, le patrimoine serait nécessairement capable de jouir de droits. De fâcheuses conséquences ont d'ailleurs résulté de cette analogie entre patrimoine et personne et certains auteurs l'ont souligné. Faire du patrimoine un sujet d'obligation revient à confondre l'être et l'avoir. Or confondre l'être et l'avoir conduit à ignorer la distinction du réel et du personnel nécessaire à la cohérence du système juridique⁶³⁴. Se fondant sur l'idée que la personne juridique est celle à qui le Droit reconnaît une capacité d'appropriation, ces auteurs ont critiqué la confusion entre patrimoine et personne en affirmant que le patrimoine ne peut être à la fois la capacité et le résultat de l'appropriation⁶³⁵. La critique porte ici sur l'analyse qu'AUBRY et RAU ont proposé de l'ancien article 2092 du Code civil. Le droit de gage général portant sur l'ensemble des biens, présents et à venir, du débiteur, il semblait ici logique de considérer le patrimoine, assiette de ce droit de gage, comme une capacité, comme une éventualité. C'est l'inclusion des biens à venir qui aurait engendré une identité entre la personne et son patrimoine. La potentialité du patrimoine se confond alors avec la capacité d'appropriation, le patrimoine, avec la personne. L'alternative n'est pas, nous l'avons vu, plus convaincante⁶³⁶. Ainsi, entre personnification ou réification, la théorie du patrimoine semble pêcher nécessairement dans un sens ou dans l'autre. L'une des confusions tant critiquées s'impose alors. Il faudrait donc distinguer patrimoine et personne. Pourtant, la définition même de la propriété et celle de l'obligation – sur lesquels repose le patrimoine⁶³⁷ – impose de rattacher le patrimoine à la personne⁶³⁸.

177. Le recours à l'affectation. – Si le patrimoine se présente comme l'ensemble des biens et des dettes d'une personne, il doit alors être rattaché à celle-ci. L'affectation des biens à la garantie des dettes repose sur un dénominateur commun : leur appartenance à la même

⁶³⁴ V. FR. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ 1919, t.1, n°67, p. 141.

⁶³⁵ Parmi les auteurs qui ont critiqué cette confusion, il faut ici citer les œuvres de N. MEVORACH, « Le patrimoine », *RTD Civ.* 1936, p. 811, spéc. p. 816 et s. ; M. PICARD, dans PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, n°15 et s., p. 19 ; R. BEUDANT et P. VOIRIN, *Cours de droit civil français*, T. IV, *Les Biens*, n°20 et s., p. 19 et s. ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 ; Fr. CHÉNEDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011, p. 312 ; H. GAZIN, *La notion de patrimoine*, th. Dijon, 1911 ; G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, th. Paris, 1903 ; O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, th. Paris, 1902 ; spéc. p. 96 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris 1, 2003, n°225 et s. p. 170.

⁶³⁶ Cf. *supra* (n°33 et s.)

⁶³⁷ Cf. *supra* (n°40 et s.).

⁶³⁸ On comprend dès lors pourquoi la Cour de cassation a pu considérer à plusieurs reprises que « le patrimoine est indissociablement lié à la personne » : Com, 12 juill. 2004, n°03-13673 ; Com, 12 juill. 2004, n°03-12683 ; Com, 12 juill. 2005, n°04-11170 ; Com. 8 nov. 2005, n°03-20982.

personne. En effet pour savoir quels biens sont destinés à l'extinction de quelle dette, il faut rapprocher les qualités de propriétaire et de débiteur de la personne ; il faut une identité entre ces deux qualités. Le patrimoine ne peut donc exister sans personne juridique à laquelle il serait corrélé⁶³⁹. Or la « corrélation » s'analyse juridiquement, nous l'avons vu, en une destination de l'un à l'autre. De ce constat, il convient de voir une affectation du patrimoine, en tant qu'ensemble, à la personne juridique ou du moins à ses intérêts⁶⁴⁰. GARY écrivait à ce propos qu'il n'y a pas « deux hypothèses à distinguer, en considérant le patrimoine comme tantôt dépendant de la personnalité et tantôt en étant complètement séparé ; le patrimoine se rattache à la personne ou, plus généralement, à un sujet de droit sur une double base technique et scientifique⁶⁴¹ ». Or cette base technique correspond à la nécessité de la personne juridique pour fonder l'obligation et la propriété, lesquelles sont à leur tour aux fondations du patrimoine⁶⁴². La base scientifique quant à elle réside dans la permanence de l'affectation, c'est-à-dire dans l'abstraction qu'elle représente. Il est donc possible d'en déduire que, sans se confondre avec elle, le patrimoine est lié à la personne, non par une assimilation, non par une identité ou une confusion, mais par une affectation.

178. L'affectation à l'intérêt général d'une personne. – L'intérêt fait partie de ces notions du droit mou, employées par la loi, la jurisprudence et la doctrine pour désigner une réalité sans frontières, voire plusieurs réalités différentes sinon opposées. Il est alors question de l'intérêt du contractant, de l'intérêt à agir, de l'intérêt de la famille, de l'intérêt de l'enfant, de l'intérêt des créanciers, des dommages et intérêts, etc. La polysémie du terme empêche la théorisation systémique de la notion. Il n'est, en d'autres termes, pas de notion unitaire

⁶³⁹ C'est d'ailleurs pour cette raison que les théories du patrimoine d'affectation ne proposent pas un effacement total de la personne : en ce sens : H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris 1, 2003 ; Fr. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, LGDJ 1957 ; Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé*, LGDJ 1981 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I, n°19 et s., p. 25 et s., v. spéc. n°31 et s., p. 35 et s. Dans une certaine mesure, d'autres l'ont affirmé au travers de leurs travaux sur la personnalité morale ou sur l'universalité : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, éd. Mémoires du Droit (réed.) 1910, p. 475 et s. ; G. JÈZE, « Les principes généraux du droit administratif », in *Revue générale de l'administration* 1904 ; R. GARY, *Les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait*, Sirey 1932, spéc. p. 250 et s. ; v. néanmoins *contra* G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, éd. A. ROUSSEAU 1903, p. 68 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, éd. BOCCARD 1927, p. 309 et s.

⁶⁴⁰ Cf. *infra* (n°199).

⁶⁴¹ R. GARY, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁴² D'autres auteurs retiennent d'ailleurs ces critères pour définir le patrimoine (d'affectation). Ainsi, le professeur STORCK écrit-il au sujet des fonds communs de placement qu'ils sont constitués des « trois éléments qui composent un patrimoine d'affectation : une universalité de droit, un rattachement à une ou plusieurs personnes, une affectation » : M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz 2009, p. 511.

d'intérêt, ni, partant, de régime unique qui lui serait applicable. Il est pourtant possible, à défaut d'être souhaitable, de lui donner une définition. L'intérêt d'une personne juridique correspondrait alors à l'avantage, sinon la considération d'ordre moral ou économique, qu'une personne peut tirer de telle ou telle action. Cette approche de la notion d'intérêt est la plus commune et trouve d'ailleurs un écho dans le langage courant. C'est pourtant cette même acception de l'intérêt qui tend à le confondre avec le droit subjectif ; du moins en est-il une composante⁶⁴³. Parce qu'il est au confluent de la propriété et de l'obligation, le patrimoine est fondé sur l'intérêt, entendu dans son sens le plus large, de la personne qui est à sa tête⁶⁴⁴. Si, en Droit, l'intérêt précède l'action et si toute action emporte des conséquences sur le patrimoine, alors le patrimoine est lié à l'intérêt de la personne. Tout sujet de droit contracte une dette dans son intérêt, lequel peut être moral ou économique. De la même manière, toute personne acquiert ou aliène un bien dans son intérêt. Ces activités n'ont pourtant d'efficacité qu'autant que le débiteur est en mesure de payer et que le bien acquis ou vendu puisse servir de garantie aux dettes. En ce sens, le patrimoine est fondé sur « l'intérêt général et indifférencié de la personne »⁶⁴⁵. Il suffit d'ailleurs, pour s'en convaincre, d'analyser les conséquences patrimoniales de la naissance. Une personne n'acquiert le statut de sujet de droit que du moment où elle existe juridiquement. C'est le sens de l'obligation de déclarer l'enfant né dans les trois jours qu'impose l'article 55 du Code civil. Or la personnalité juridique et le patrimoine, ne vont exister de manière rétroactive que lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant. L'adage « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » fonde bien l'idée d'un patrimoine justifié par l'intérêt. Autrement dit, le patrimoine est rattaché à la personne par un lien d'affectation. C'est l'intérêt général et indifférencié du sujet de droit qui constitue l'élément fédérateur de la masse de biens et de dettes. On retrouve ici le remplacement du personnel par le réel et c'est l'affectation du dernier au premier qui le permet.

⁶⁴³ C'est ce qu'entend JHERING lorsqu'il écrit que « les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite ; ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins à réaliser ses buts [...]. L'utilité, non la volonté, est la substance du droit » : R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, éd. Paris Maresq Aîné 1888, p. 327. En ce sens, l'intérêt est au fondement du droit, il lui est chronologiquement antérieur. Dans le même sens : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 69 : « l'intérêt n'est pas un droit parce qu'il est protégé ; il est, au contraire, protégé parce qu'il est reconnu être un droit ». V. également A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges P. ROUBIER*, Dalloz-Sirey 1961, t. I, p. 221 et s.

⁶⁴⁴ Cf. *infra* (n°272 et s.)

⁶⁴⁵ Termes empruntés du Professeur WICKER : G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°186 et s., p. 182 et s.

179. Le gage général repose sur une abstraction. – Ensemble abstrait et libéré du temps et de l'espace, le patrimoine est d'essence théorique. Lien systémique entre la propriété et les obligations, son existence dépend de son rattachement à la personne juridique en ce qu'il n'existe pas de propriété ni d'obligation sans elle⁶⁴⁶. Il est inutile de rappeler que la propriété est le lien de droit entre la personne et les choses et les obligations sont des liens de droit entre deux sujets. Face active et face passive s'appuie donc sur des liens préexistants, des liens établis par le Droit. Ces deux dimensions du patrimoine qui le rendent nécessairement abstrait trouvent un écho dans le gage général qu'il dessert. Celui-ci est nécessairement lui-même conçu autour d'une abstraction dans la mesure où, d'une part, il offre aux créanciers un accès aux biens patrimoniaux qui n'existaient pas au jour de la naissance de leurs droits⁶⁴⁷ et, d'autre part, il n'est pas toujours mis en œuvre et n'existe donc que potentiellement. Sa substance est donc nécessairement idéale et commande l'abstraction que lui offre le patrimoine en tant que « structure d'accueil⁶⁴⁸ ». Cette structure est d'ailleurs construite sur des mécanismes qui rendent son fonctionnement cohérent. L'affectation de l'actif au passif est confirmée par les moyens de sa mise en œuvre.

180. Définition du patrimoine. – La définition imprécise du patrimoine trouve finalement son perfectionnement dans la prise en compte de sa fonction. En tant que notion fonctionnelle, il ne peut être défini indépendamment de sa finalité ; c'est pourquoi il convient de voir dans le patrimoine, plus qu'une simple réunion des biens et des dettes mais surtout, un ensemble affecté à la poursuite de l'intérêt général et indifférencié d'une personne. C'est à partir de cette définition qu'il est possible de trouver les critères permettant d'abord de définir l'universalité de droit et, ensuite, de dissocier celle-ci de la notion de patrimoine. Avant d'y procéder, il faut voir comment, au sein du patrimoine, l'affectation est mise en œuvre.

⁶⁴⁶ Cf. *supra* (n°158 et s.). En ce sens, même DUGUIT pour qui les droits n'existent pas reconnaît la nécessité de la personne juridique. L'affectation est au fondement du patrimoine mais la personne en est alors la finalité. C'est ainsi qu'il identifie l'existence d'un « bénéficiaire » de l'affectation en écrivant : « Évidemment, on ne conçoit pas qu'un droit subjectif puisse exister sans qu'il y ait en même temps une personne qui en soit le sujet » : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, éd. Boccard Paris 1923, p. 309 et s.

⁶⁴⁷ La généralité du gage s'inscrit dans le temps et dans l'espace : en ce sens, A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°171 et s., p. 75 et s.

⁶⁴⁸ C. KUHN, th. préc., n°27 et s., p. 26 et s. ; PH. THERY, « Saisissabilité et limites », in *10^e anniversaire de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*, CNHJ colloque, EJT 2002, p. 61 et s. ; H. LÉCUYER, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. Paris II, 1993 n°172, p. 264.

B. La dissociation des intérêts de la personne

181. L'affectation à la personne dans le patrimoine. – La double affectation identifiée dans le fonctionnement du patrimoine a permis de mettre en lumière l'idée d'une affectation externe de la masse, entendue comme un contenant, comme un tout, à l'intérêt « général et indifférencié de la personne ». Termes empruntés au Professeur WICKER qui s'est intéressé au rôle du patrimoine dans la construction de la personne juridique⁶⁴⁹, la notion d'intérêt général et indifférencié appelle quelques remarques. L'idée d'affectation à l'intérêt de la personne permet d'éviter une confusion entre le sujet et l'objet, entre l'être et l'avoir. Autrement dit, voir un lien d'affectation entre la masse patrimoniale d'un côté et l'intérêt de la personne de l'autre, permet de conserver un lien étroit entre patrimoine et sujet de droit tout en affirmant que le patrimoine n'est pas le sujet de droit lui-même. La généralité de l'intérêt auquel est affecté le patrimoine légal a par ailleurs une importance de taille. Présenté comme l'élément fédérateur du patrimoine, cet intérêt de la personne est vaste mais il l'est à dessein. Tous les mécanismes d'enrichissement injustifié reposent d'ailleurs sur cette idée : chaque fois qu'une personne tire un intérêt, un avantage, de telle ou telle opération, le patrimoine du bénéficiaire s'en trouve engagé. Les exemples sont nombreux : l'enrichissement injustifié⁶⁵⁰, la gestion d'affaire⁶⁵¹, le recours entre débiteurs solidaires pour la dette qui n'intéresse que l'un d'eux⁶⁵², le mécanisme des récompenses⁶⁵³, l'accession immobilière⁶⁵⁴ sont autant d'exemples qui, répondant d'une logique d'équité, en attestent.

182. La multiplication des intérêts d'une personne. – Il est aujourd'hui possible de constater qu'une volonté peut défendre plusieurs intérêts⁶⁵⁵. Prenons l'exemple du chef d'entreprise marié et père de deux enfants. Le droit positif tend désormais à distinguer, dans cette situation, l'intérêt du professionnel⁶⁵⁶, celui du père de famille⁶⁵⁷, et celui de l'individu. Si chacun de ces intérêts peuvent être liés par le biais de la personne, ils ne se fondent pourtant

⁶⁴⁹ G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°186 et s., p. 192 et s.

⁶⁵⁰ Art. 1303 et s., C. Civ.

⁶⁵¹ Art. 1301 et s., C. Civ.

⁶⁵² Art. 1318, C. Civ.

⁶⁵³ Art. 1433 et 1437, C. Civ.

⁶⁵⁴ Art. 555, C. Civ.

⁶⁵⁵ En ce sens, FR. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011.1011, spéc. n°9 et s.

⁶⁵⁶ On observe aujourd'hui la multiplication des possibilités d'exercer une activité sous différentes formes permettant de dissocier ces intérêts à travers une séparation des patrimoines. On pense notamment aux sociétés unipersonnelles (EURL et SASU) mais également au patrimoine affecté de l'EIRL.

⁶⁵⁷ Le simple constat d'une préférence des couples à choisir la séparation des biens comme régime matrimonial participe à cette idée de distinction des différents intérêts qui entourent la personne aujourd'hui.

pas entre eux pour n'en former qu'un seul. Le souci de simplification a permis de conceptualiser la personnalité juridique pour réunir les différents intérêts. Mais là où ce concept crée une unité, la société moderne – et par extension, le législateur actuel – tend désormais à en fragmenter les composantes. Cette tendance peut s'expliquer au regard des mouvements du Droit français au cours du dernier siècle.

183. Les origines de la multiplication. - D'un point de vue philosophique, le Droit tend à l'égalité ; l'objectif d'égalité est fondé sur le sentiment de justice auquel le Droit est lié⁶⁵⁸. Or il est difficile d'affirmer que ces valeurs morales soient universelles et intemporelles ; elles sont contingentes, elles se meuvent avec les hommes en s'adaptant aux nouvelles conjectures sociales et économiques. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer les comportements autrefois condamnés par la société et désormais admis et/ou encadrés par le droit positif : on peut penser aux relations adultères par exemple. Pendant longtemps, l'objectif du Droit français était de rendre le sujet responsable. De tradition romaniste, le Droit est fondé sur cette idée que le citoyen, homme de la société, doit tenir sa parole et répondre de ses actes. On se souvient bien entendu du principe du Talion de Droit romain ou de la « contrainte par corps » supprimée après promulgation du Code civil. Les créanciers d'une personne ne peuvent plus la contraindre physiquement à remplir ses obligations, ils peuvent cependant en saisir les biens⁶⁵⁹. C'est ce changement des mœurs qui a fondé l'adaptation de la règle de Droit et c'est ce même changement des mentalités de la société qui doit aujourd'hui permettre de repenser les articles 2284 et 2285 du Code civil.

184. Illustrations. - Le temps n'est en effet plus à la responsabilisation mais à la protection du débiteur. Il est ainsi possible de souligner nombre de législations nouvelles en ce sens. On peut constater d'abord dans le passage de la faillite à la procédure collective, une évolution de la politique législative correspondant à un changement des mentalités⁶⁶⁰. Cette évolution se traduit par le passage d'une logique de sanction du débiteur à une logique de discipline collective imposée aux créanciers qui trouve son fondement dans la distinction

⁶⁵⁸ NB : il importe ici peu de savoir s'il doit s'agir d'une égalité géométrique ou arithmétique auxquelles correspondent les justices distributive et commutative car c'est l'idée, l'abstraction d'égalité vers laquelle le Droit va tendre.

⁶⁵⁹ Cf. *supra* (n°29 et s.)

⁶⁶⁰ A ce sujet, on peut lire dans les manuels de la matière que « *le droit des entreprises en difficulté est un droit finalisé. Les buts qu'il poursuit ont profondément évolué au cours des temps. A la simple défaillance d'un débiteur a succédé le concept plus flexible de « difficultés ». A la répression des mauvais débiteurs ont succédé la prévention et le redressement des entreprises* » ; v. M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit Commercial, Entreprises en difficultés*, Précis Dalloz 2007, n°1, p. 1.

entre l'Homme et l'entreprise⁶⁶¹. Il peut paraître curieux de repenser le Droit à travers deux prismes si opposés et, pourtant, ce changement s'est fait sans engendrer de véritables contestations. De la même manière, en droit des sûretés, il peut être observé une volonté du législateur et, plus particulièrement de la jurisprudence, de protéger cette fois le garant (on pense surtout à la caution) des griffes du créancier à qui il est désormais imposé de nombreux devoirs. À l'origine, le cautionnement était une opération visant à rassurer le créancier ; désormais, le rapport qu'il entretient avec la caution peut paraître désavantageux car il pourra lui être reproché de ne pas avoir agi dans l'intérêt de celle-ci. On peut citer à ce titre, et au-delà du simple bénéfice de discussion, la souplesse récente de la jurisprudence quant à la reconnaissance d'une faute du créancier permettant à la caution de se décharger, en tout ou partie, parce qu'elle aurait perdu son bénéfice de subrogation⁶⁶². On constate pareillement que l'obligation d'information qui pèse sur le créancier est de plus en plus forte, de sorte que certains auteurs se sont interrogés sur la « bilatéralisation du cautionnement⁶⁶³ ». Enfin, ce sont surtout les lois Neiertz et Dutreil qui ont permis une véritable protection de la caution, aussi bien en amont qu'en aval de son appel. Cette évolution du droit des garanties traduit d'ailleurs une métamorphose plus importante du Droit français. Le droit de la consommation et celui du surendettement des particuliers n'ont-ils pas été conçus spécifiquement pour la protection du débiteur ? Les créations atypiques de ce droit ont porté un coup de maître aux principes juridiques existant jusqu'alors et surtout au droit des obligations ; viennent naturellement à l'esprit les délais de réflexion (ou de rétractation), les clauses abusives, ou encore les multiples présomptions en faveur du consommateur⁶⁶⁴. Cette faveur pourrait d'ailleurs prendre un nouvel essor avec l'idée du « patrimoine de dignité⁶⁶⁵ » où s'opposent les droits des créanciers d'un côté et les libertés fondamentales du débiteur de l'autre. La composition de ce patrimoine a fait l'objet de certaines études dont celle du Professeure ROCHFELD qui en fait une analyse complète⁶⁶⁶. Ainsi, elle y comprend les

⁶⁶¹ Notamment par la loi du 13 juill. 1967 suivie de la loi du 25 janv. 1985.

⁶⁶² On pourra notamment citer cet arrêt désormais bien connu de la matière où la Cour de cassation a décidé que « le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive » : Cass, Ch. Mixte, 17 nov. 2006, Bull. Civ. I, n°10, pourvoi n°04-19123.

⁶⁶³ V. M. SEJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement ?*, LGDJ 2011.

⁶⁶⁴ V. contra : H. TEMPLE, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Mélanges CALAIS-AULOIS*, D. 2004, p. 1067.

⁶⁶⁵ Cf. *supra* (n°115).

⁶⁶⁶ J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité... », in *RTD Civ.* 2003, p. 743 ; *Les grandes notions du Droit privé*, Notion n°6, §24, p. 382, éd. PUF 2011.

sommes et pensions à caractère alimentaire⁶⁶⁷ ou les droits sur le logement familial⁶⁶⁸. Devraient aussi être intégrés à ce « patrimoine », les biens nécessaires aux personnes handicapées⁶⁶⁹. Il est également nécessaire de mentionner, parmi tant d'autres, la déclaration notariée d'insaisissabilité des articles L.526-1 et s. du Code de commerce. Toutes ces dispositions permettent ici de faire échapper certains biens au droit de poursuite des créanciers. Sans créer à proprement parler de masse affectée à la dignité de la personne comme il aurait été possible de le concevoir, ce « patrimoine » est davantage une accumulation de biens frappés légalement d'insaisissabilité lorsque certaines conditions (notamment *rationae personae*) sont réunies. Cette dérogation au principe précédemment rappelé des articles 2284 et 2285 du Code civil est justifiée par la nécessité de préserver « la dignité » du débiteur et participe ainsi à cette tendance du Droit français à la protection du débiteur.

185. Application aux patrimoines. – Les nombreux exemples qui viennent d'être exposés traduisent la volonté du législateur d'alléger le fardeau du débiteur qui, pourtant, avait décidé lui-même, par le pouvoir que lui confère l'autonomie de sa volonté, de prendre les engagements auxquels il aura tenté ensuite d'échapper. Ce mouvement législatif n'est pourtant pas nouveau, il s'est construit progressivement. Les différentes époques concernées par les exemples choisis en sont d'ailleurs l'illustration parfaite. Et RIPERT constatait déjà dans les années 1930, l'avènement d'un « droit de ne pas payer ses dettes...⁶⁷⁰ ». L'éclosion des « *patrimoines d'affectation à la française* » participe à ce mouvement, à cette « nouvelle » politique sociale et législative. En effet, si les contours de la notion restent à définir et font encore l'objet de désaccords doctrinaux, sa fonction est en revanche clairement établie et fait l'objet d'un *consensus* théorique⁶⁷¹. Le patrimoine d'affectation a été introduit en Droit positif français dans l'unique but de faire échec au droit de gage général des créanciers⁶⁷². Cette limitation des droits des créanciers semble constituer la conséquence immédiate de tous les mécanismes qualifiés par la loi et/ou la doctrine de patrimoine d'affectation. Il s'agit bien entendu des fiducies, de l'EIRL et éventuellement des Fonds

⁶⁶⁷ Art. L.331-2 et L.331-3, C. Cons.

⁶⁶⁸ Art. 215, al. 3, C. Civ. pour le couple marié ; art. 490-2, C. Civ. pour l'incapable ; art. 763 pour le conjoint survivant ; art. 515-6, al. 3 pour le partenaire survivant, etc.

⁶⁶⁹ Art. L.344-5, CSF et art. D.344-34, CSF.

⁶⁷⁰ G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », in *DH 1936, Chron. 57*.

⁶⁷¹ Cf. *supra* (n°171 et s.).

⁶⁷² Cf. *infra* (n°203)

communs de titrisation ou de placement⁶⁷³. Ces trois techniques permettent ainsi de séparer les composants d'un patrimoine pour en isoler certains dans ce qui sera appelé le patrimoine affecté. Or, parce que le patrimoine *traditionnel* ou *classique* constitue l'assiette du droit de gage général, les éléments qui en sortent (par isolation ou par transfert) sont nécessairement exclus de cette assiette⁶⁷⁴. C'est donc bien au droit de gage général des créanciers qu'il est porté atteinte et c'est une fois de plus le débiteur qui est ici protégé. Il ne s'agit pas ici de juger de l'opportunité d'une telle évolution mais simplement de constater que « dans la masse même des peuples, les choses et les gens se transforment, à la fois lentement et profondément, de telle sorte qu'un jour le Droit apparaît inadapté aux comportements qu'il est supposé gouverner⁶⁷⁵ ». Cette dissociation entre intérêt et volonté permet de justifier la pluralité d'universalités de droit pour un même sujet. Mais il faut alors être capable de dissocier les intérêts d'une même personne pour pouvoir distinguer les universalités de droit qui leur correspondent.

186. L'affectation à un intérêt spécifique dans les universalités de droit. – Cette nouvelle distinction des intérêts et surtout leur identification, leur mise à l'écart, la reconnaissance de leur spécificité rend nécessaire la distinction entre patrimoine et universalités de droit. Mais l'analyse de ces intérêts nouveaux montre qu'ils sont soumis à un régime spécifique parce qu'ils s'opposent à un intérêt plus général concernant une seule et même personne. Ainsi, les universalités de droit sont créées par rapport au patrimoine, ce qui implique de les dissocier et d'en rechercher les points de contact et de divergence.

II. La dissociation des notions engendrée par la dissociation des intérêts de la personne

187. L'essence d'une notion : les critères de qualification. – La substance c'est ce qui fait la chose, c'est aussi ce qui la caractérise. En droit, la substance renvoie aux éléments constitutifs d'une notion, à ces critères essentiels, ceux sans lesquels la qualification est

⁶⁷³ Qualification majoritairement admise et proposée par T. BONNEAU, « Les Fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 1.

⁶⁷⁴ Notons ici qu'il ne nous revient pas d'en apprécier la pertinence d'un point de vue politico-économique mais simplement d'en étudier la faisabilité juridique. C'est d'ailleurs pour cette raison que M. VILLEY, à l'image d'ARISTOTE, insiste sur la distinction entre droit et justice au sens moral du terme (M. VILLEY, *Philosophie du Droit*, Dalloz 2001, n°40, p. 55). Par conséquent, la présente étude tentera de s'émanciper de tout jugement de valeur sur l'opportunité des choix législatifs afin de se concentrer exclusivement sur la technique juridique opérée par et pour ces choix. Précisons malgré tout que si la technique juridique peut faire l'objet d'une analyse qui lui est propre, elle ne peut se détacher complètement des conséquences politiques et surtout économiques qu'elle engendre.

⁶⁷⁵ P. CATALA, « Couple et modernité - Rapport de synthèse », in *Famille et Patrimoine*, PUF 2000, p. 199.

impossible. L'eau est par exemple chimiquement composée d'oxygène et d'hydrogène ; à défaut d'un de ses éléments, la chose considérée ne peut être qualifiée d'eau. La même logique semble pouvoir être appliquée en Droit⁶⁷⁶. Ainsi, la distinction classique entre meubles et immeubles repose-t-elle, en principe, sur l'attache du bien au sol ; celle-ci se présente alors comme le critère essentiel ou substantiel de l'immeuble. De la même manière, un fait juridique se distingue d'un acte juridique par le caractère volontaire ou non des effets de droit produits. Tous ces exemples permettent de dévoiler le rôle des qualifications juridiques d'une part, et les moyens d'y parvenir d'autre part. La qualification est le travail intellectuel par lequel, « en présence de la matière brute qui lui est quotidiennement soumise, le juriste établit de l'ordre⁶⁷⁷ ». Or pour parvenir à établir cet ordre, le juriste identifie des critères abstraits à appliquer aux cas concrets, les critères essentiels d'une catégorie juridique. Ces critères constituent alors l'essence ou la substance de la notion.

188. Dissocier l'essence du patrimoine et celle de l'universalité. – Si les deux types de masses (de biens et de dettes corrélés) partagent des critères communs, leur essence diffère sur un point essentiel. L'universalité de droit est irriguée par l'idée d'une nouvelle finalité, d'un but spécifique, d'un intérêt spécial là où le patrimoine se caractérise par sa généralité, par son affectation à un but non déterminé, à un intérêt plus vaste, plus étendu. Or parce que leur composition, leur structure et leur fonctionnement sont tous orientés vers un but et que, partant, ces masses sont définies par leur fonction, la seule distinction de leur finalité doit suffire à en faire des objets différents. Patrimoine et universalité de droit ont donc d'abord en commun leur caractère fonctionnel. Ils partagent ensuite un schéma identique : c'est à partir des mêmes critères qu'il est possible de déterminer les éléments qui composent chacune de ces masses ; c'est également à partir d'une organisation analogue que ces éléments sont affectés les uns aux autres d'une part, le tout à une finalité extérieure d'autre part. Un paradoxe semble donc se dessiner entre assimilation et dissociation des notions.

189. Universalité de droit et patrimoine : une identité de structure, une différence de finalités. – Identifier des masses de biens et de dettes a permis de révéler l'existence de plusieurs universalités de droit (ou de plusieurs patrimoines si l'identité des notions est admise). À l'image du patrimoine, les universalités de droit correspondent à une

⁶⁷⁶ C'est d'ailleurs en ce sens que l'alinéa 2 de l'article 12 du Code de procédure civile impose au juge de restituer la juste qualification aux faits et actes qui lui sont soumis.

⁶⁷⁷ FR. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, rééd. Coll. Anthologie du Droit LGDJ-Lextenso 2014, n°2, p. 2.

masse de biens et de dettes réunis autour d'un intérêt par le moyen d'une double affectation. *A priori*, il serait donc naturel de conserver l'identité conceptuelle entre patrimoine et universalité juridique. C'est d'ailleurs l'idée qui sous-tend l'introduction en Droit français des patrimoines d'affectation. Suivant ce raisonnement, ces deux notions devraient recevoir une unique et même qualification. Les caractères du patrimoine se retrouvent dans toutes les universalités de droit identifiées, de sorte que l'assimilation traditionnelle entre les catégories trouve une assise logique et technique (A). Mais les rapports qu'entretiennent ces différentes universalités avec le patrimoine légal imposent une distinction des notions dont il convient de trouver le critère (B).

A. Les critères communs avec le patrimoine

190. Les contours doctrinaux de l'universalité de droit. – L'universalité de droit se présente, depuis les travaux de GARY comme un ensemble de biens et de dettes fédérés par un intérêt. C'est d'ailleurs la présence d'une corrélation entre actif et passif qui permet, en théorie, de la rapprocher du patrimoine mais aussi de la dissocier de l'universalité de fait⁶⁷⁸. Certains auteurs rejettent cette distinction : soit en voyant dans la dernière, l'existence de dettes, soit en refusant dans l'universalité juridique l'inclusion d'un passif. Il n'existerait, selon ces deux théories, qu'un seul et unique genre d'universalité⁶⁷⁹. La question de l'inclusion des dettes dans le patrimoine, application première de l'universalité de droit, a été réglée⁶⁸⁰. La thèse selon laquelle l'universalité de fait comprend des dettes est en revanche à vérifier. Une auteure en particulier a mis le métier sur l'ouvrage et considère qu'en pratique, les universalités de fait comprennent bel et bien un passif propre⁶⁸¹. Madame FERMANEL DE WINTER se fonde notamment sur la possibilité de céder, avec le fonds de commerce, les dettes qui l'accompagnent. Elle reconnaît dans un premier temps que « ce n'est pas la présence ou non d'un passif qui caractérise une universalité mais la corrélation du passif et de l'actif, leur liaison indissoluble, leur affection perpétuelle. Or, dans le fonds de commerce, les dettes

⁶⁷⁸ Nous avons vu que les différences entre les deux ensembles se distinguent non seulement dans leur composition respective mais également dans leurs fondements : la réunion de biens ne répond pas à la même finalité et ne produisent donc pas les mêmes conséquences : *cf. supra* (n°9) V. également R. GARY, *Les universalités de fait et de droit*, Sirey 1932 : « nous prenons comme critère de distinction l'existence dans l'universalité de droit d'un actif et d'un passif, l'absence de tout passif et l'existence de seuls éléments actifs dans l'universalité de fait » : p. 310.

⁶⁷⁹ Par exemple, G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, éd. Arthur Rousseau 1903, p. 38 et s., spéc. p. 42-43.

⁶⁸⁰ *Cf. supra* (n°134 et s.).

⁶⁸¹ A.S. FERMANEL DE WINTER, « Universalité de fait et universalité de droit », *Revue juridique de l'ouest* 2008/4, p. 409 et s. (première partie) ; 2009/1, p. 5 et s. (seconde partie).

présentes sont, certes, nées de la gestion nécessaire de ce fonds mais elles sont surtout nées du chef de son titulaire.⁶⁸²». Elle poursuit néanmoins son analyse en faisant la liste des créances et des dettes transmises au cours d'une cession du fonds de commerce⁶⁸³. Ainsi donne-t-elle l'exemple des contrats de travail en cours⁶⁸⁴, de certains contrats d'assurance⁶⁸⁵, des obligations de non-concurrence⁶⁸⁶, etc. L'argument est alors convaincant, les universalités de fait génèrent aujourd'hui un passif, lié à « une gestion dynamique⁶⁸⁷ » de l'ensemble. Le critère de distinction proposé et adopté⁶⁸⁸, depuis les travaux de GARY, semble alors s'affaiblir⁶⁸⁹. Séduisante, la thèse qui inclut un passif propre à l'universalité de fait doit être rejetée. D'abord, la présence d'un passif dans l'universalité de fait n'existe pas pour toutes ses applications. S'il est vrai que le fonds de commerce et le portefeuille de valeurs mobilières engendrent souvent, par leur gestion ou leur simple fonctionnement, des dettes, il en va différemment du troupeau ou de la bibliothèque, applications traditionnelles de la notion. Admettre la qualification d'universalité de droit lorsque, par exception, ces ensembles de biens feraient apparaître des dettes, revient à donner une qualification différente à deux choses identiques ; un troupeau ne peut être qualifié tantôt d'universalité de fait et tantôt d'universalité de droit, simplement parce que le propriétaire a contracté une dette, par exemple avec un vétérinaire, pour gérer la meute⁶⁹⁰.

191. Le recours à l'affectation dans toutes les universalités de droit. – À l'image du patrimoine, les différentes masses de biens et de dettes identifiées permettent la mise en place d'un système de garantie générale des obligations. On constate pour chacune de ces masses une mise en relation, entre les biens et les dettes, qui permet de déterminer l'étendue du droit de poursuite des créanciers. Ainsi en va-t-il de l'universalité fiduciaire⁶⁹¹ ou de

⁶⁸² *Op. cit.*, 2009/1, p. 14.

⁶⁸³ L'idée n'est pas nouvelle et GAZIN proposait déjà de voir dans le fonds de commerce, un véritable patrimoine cessible entre vifs : H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon 1910, p. 142 et s. Mme FERMANEL DE WINTER propose néanmoins une réflexion plus développée et plus actuelle en listant les différents éléments de passif potentiellement transmis lors de la cession du fonds.

⁶⁸⁴ Art. L.122-12, al. 2, C. Trav.

⁶⁸⁵ Art. L.121-10, C. Assur.

⁶⁸⁶ Req. 5 juill. 1865, *D.* 1865, I, p. 425.

⁶⁸⁷ A.S. FERMANEL DE WINTER, *Ibid.*

⁶⁸⁸ La doctrine est aujourd'hui quasiment unanime et fait reposer la distinction des universalités sur ce seul critère : *cf. supra* (n°6).

⁶⁸⁹ En ce sens, D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°341 et s., p. 216 et s. : l'auteur considère que fonder la distinction des deux types d'universalités n'a aujourd'hui plus de sens, voire plus de conséquences, dès lors que la corrélation entre un actif et un passif, engendre une autonomie patrimoniale relative selon l'universalité considérée.

⁶⁹⁰ *Cf. supra* (n°9 et s.).

⁶⁹¹ Art. 2025, al. 1, C. Civ.

l'EIRL⁶⁹² mais également de la masse commune⁶⁹³ ou de l'indivision⁶⁹⁴. En ce sens, on retrouve dans toute universalité juridique, la double affectation qui caractérise le patrimoine. Les biens sont affectés à la garantie de dettes, lesquelles naissent de la poursuite d'un intérêt : le but qui institue la fiducie, l'activité professionnelle au fondement de la création de l'EIRL, les dépenses communes du couple ou l'entretien et l'amélioration du bien indivis sont autant d'intérêts qui justifient la réunion, au sein d'une même masse, de biens et de dettes corrélés⁶⁹⁵. Mais cette corrélation n'est, selon certains auteurs, pas le critère déterminant de l'universalité juridique.

192. L'autonomie patrimoniale comme critère de distinction des universalités. –

La majorité des auteurs qui se sont penchés sur la question, ont dépassé la corrélation entre actif et passif retenu à l'origine⁶⁹⁶, pour lui substituer l'autonomie patrimoniale qui en résulte comme critère de distinction entre les deux types d'ensemble. La finesse de leur analyse repose sur le même constat de l'existence d'un passif dans certaines universalités de fait. Néanmoins, ils invitent à distinguer les universalités qui contiennent un passif et celles qui engendrent un passif propre⁶⁹⁷. Ce caractère propre des dettes permet un véritable cloisonnement des biens et surtout des assiettes du droit de gage général des créanciers. Cette théorie emporte une conséquence importante sur la distinction des universalités : celle de droit fait naître plus qu'une simple corrélation entre des biens et des dettes, elle fait naître un lien exclusif entre eux. Ainsi seuls les biens de l'universalité peuvent répondre des dettes nées de cette même universalité⁶⁹⁸. Cette affirmation doit être vérifiée et invite à mener une analyse plus approfondie de la notion d'autonomie patrimoniale.

⁶⁹² Art. L.526-12, C. Com.

⁶⁹³ La combinaison des articles 1411, 1413 et 1414 permettent de dessiner l'assiette du droit de poursuite des créanciers dits communs aux deux époux.

⁶⁹⁴ Art. 815-17, C. Civ.

⁶⁹⁵ Nous verrons que la notion d'intérêt est centrale dans la définition de l'universalité dans la mesure où d'une part, c'est cet intérêt qui permet de distinguer patrimoine et universalité de droit (*cf. infra* : n°273) et, d'autre part, c'est la distinction des différents intérêts qui vient fonder la classification des différentes universalités juridiques entre elles (*cf. infra* : n°264 et s.).

⁶⁹⁶ A ce sujet, v. notamment R. GARY, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, th. Bordeaux 1931.

⁶⁹⁷ Madame DENIZOT formule ainsi parfaitement les choses : « Il ne faut pas confondre l'absence de passif corrélatif avec l'absence de passif. Nombreuses sont les universalités de fait qui contiennent, à défaut de passif propre, des éléments de passif » : A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, th. éd. Varennes 2008, n°171, p. 103.

⁶⁹⁸ La majorité des auteurs sur le patrimoine milite en faveur de cette analyse. V. en ce sens : A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unicité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°934 et s., p. 428 et s. et n°1023 et s., p. 462 et s. ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, th. Dijon 1910, p. 419 et s. ; R. GARY, th. préc., p. 39 et p. 310 ; FR. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, LGDJ 1957, n°140, p. 128 ; G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, éd. Arthur Rousseau 1903, p. 108 et s. ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, n°296 et s., p. 247 et s. ;

193. La notion d'autonomie patrimoniale. – L'autonomie patrimoniale est une notion qui trouve une application en droit positif. Des biens réunis par une affectation, et faisant apparaître un passif propre, semble appeler la création d'une nouvelle universalité juridique. C'est ainsi que le Droit français a eu recours, nous le verrons, à la personnalité morale pour créer cette distinction des biens, appelée autonomie patrimoniale, tout en sauvegardant la théorie de l'unicité du patrimoine⁶⁹⁹. La sanction du non-respect de cette autonomie traduit d'ailleurs bien son existence. En d'autres termes, l'identification de deux ensembles autonomes de biens et de dettes permet d'attester de la réalité de deux universalités distinctes. C'est alors le droit des procédures collectives qui permet de voir, dans le patrimoine, une relation essentiellement exclusive entre biens et dettes⁷⁰⁰. La procédure est en effet étendue à un autre patrimoine dès lors que l'autonomie recherchée fait défaut. Cet argument laisse entendre que c'est bien la séparation des gages de plusieurs catégories de créanciers qui justifie la création d'une nouvelle universalité de droit⁷⁰¹. Le critère pour déterminer l'existence de cette dernière résiderait donc, au-delà de la corrélation entre des biens et des dettes, dans l'exclusivité de cette relation, dans cette autonomie patrimoniale. Mais concevoir ainsi l'ensemble réduit considérablement la définition de l'universalité. En effet, la responsabilisation vise à offrir à une pluralité de créanciers, un gage commun sur des biens. Si cette fonction existe, ne serait-ce que par principe, il doit y avoir une universalité de droit⁷⁰². Or dans l'universalité de fait comme dans la société fictive, cette fonction fait

D. HIEZ, th. préc. spéc. n°347, p. 219 ; A. DENIZOT, th. préc. p. 104 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1996, n°197, p. 190 ; CL. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica 1981, n°289, p. 278 ; F.X. LUCAS, *Le transfert temporaire de valeurs mobilières : pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ 1997, n°621 et s., p. 317 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, n°156 et s., p. 121 et s. et n°252 et s., p. 189 et s. ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, éd. Varennes 2008, n°170 et s., p. 99 et s. ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII 2010, n°246 et s., p. 193 et s. ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I, 2016, spéc. n°80, p. 84. V. également, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°58, p. 71.

⁶⁹⁹ Cf. *infra* (n°282 et s.). On pourrait par ailleurs fonder le principe d'autonomie des personnes morales sur la nécessité d'une autonomie patrimoniale, commune aux universalités.

⁷⁰⁰ L'article L.621-2 du Code de commerce prévoit deux cas d'extension de la procédure collective : en cas de fictivité ou en cas de confusion. Ces deux situations peuvent se résumer à une seule et même idée : sanctionner l'absence d'autonomie comptable de deux personnes juridiques. V. en ce sens, B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion de patrimoines », *LPA* 1995/10, p. 18 ; dans une certaine mesure : F. DERRIDA, « A propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec 1999, p. 687 et s. : l'auteur voit surtout ici une entreprise unique malgré des sociétés distinctes.

⁷⁰¹ En ce sens, v. notamment A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc. spéc. n°399, p. 186 et s. : l'auteur fonde l'unicité classique du patrimoine sur l'indivisibilité du gage des créanciers ; partant, l'atteinte portée à l'un est une atteinte à l'autre. La divisibilité du gage des créanciers a alors vocation à créer une nouvelle universalité de droit que l'auteur qualifie de sous-ensemble : v. sur ce point, n°928, p. 427.

⁷⁰² Madame KUHN écrit à ce sujet : « la potentialité ou l'existence du passif initient le processus de création de l'universalité de droit. L'affectation au passif est indéfectible et saisit l'universalité de droit dans globalité. La corrélation mise en place se caractérise par son exclusivité ce qui assure une étanchéité sans faille entre les

défaut. Dans la première, la responsabilisation n'est qu'incidente : l'ensemble de biens peut, potentiellement, faire apparaître des dettes mais pas toujours. Dans la seconde, la société n'a pas vocation à garantir des dettes, au contraire, elle ne sert qu'à mettre certains biens à l'abri des créanciers⁷⁰³. Des auteurs sont allés jusqu'à qualifier certains ensembles d'universalité de droit, et plus précisément, de patrimoine, en se fondant sur cette autonomie créée par la corrélation entre un actif et un passif. Ainsi le Professeur BONNEAU considère-t-il les fonds communs de titrisation et les fonds communs de créances comme de véritables patrimoines d'affectation⁷⁰⁴. Pourtant, partir de ces constatations pour ériger l'autonomie patrimoniale comme critère de l'universalité de droit semble insatisfaisant car il existe des universalités où l'exclusivité n'emporte pas d'autonomie complète.

194. Le caractère exclusif de la corrélation actif-passif. – L'universalité de droit se caractérise certes par une relation entre l'actif et le passif mais il semble exister des degrés dans cette corrélation. Celle-ci est, nous l'avons vue, l'affectation d'un ensemble indéterminé de biens à la garantie de dettes. Le caractère exclusif de cette affectation permet de distinguer les universalités de droit des sûretés réelles, notamment celles qui porteraient sur un ensemble de biens c'est-à-dire une universalité de fait : l'exclusivité permet de soustraire un ensemble de biens du gage général des créanciers quand la sûreté réelle ne permet que d'offrir une préférence⁷⁰⁵. Mais ce caractère exclusif a encore besoin d'être précisé car l'exclusivité s'apprécie au regard du droit de gage général : l'universalité de droit semble mettre en place un droit de gage spécial quoiqu'indéterminé au profit d'un groupe nouveau de créanciers⁷⁰⁶. Toutes les universalités de droit devraient, par conséquent, comprendre une corrélation exclusive entre les biens et les dettes. Beaucoup y voient un « circuit fermé », un mouvement

structures patrimoniales » : C. KUHN, op. cit., n°251, p. 188. Nous rejoignons l'auteure pour considérer les patrimoines comme des structures où la corrélation est et doit être exclusive (cf. *supra* : n°86). Mais les universalités de droit semblent constituer une catégorie plus large qu'il faut identifier.

⁷⁰³ Il arrive aussi que la société fictive serve à contourner l'indisponibilité temporaire qui frappe un bien ; dans ces situations, il ne s'agit toujours pas de permettre la responsabilisation du sujet, la fonction de l'universalité de droit n'est toujours pas remplie.

⁷⁰⁴ Th. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 1 et s. Dans le même sens, v. également FR. ZÉNATI & A. COURET, *RTD civ.* 1989, p. 162 et s. ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit civil – Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004, n°298 et s., p. 174 et s.

⁷⁰⁵ Une auteure a pu ainsi écrire : « comme le sous-ensemble constituerait une universalité juridique, il y aurait une corrélation nécessaire entre les biens professionnels et les dettes professionnelles. Du fait de l'autonomie du sous-ensemble, seuls les biens qu'il contiendrait répondrait des dettes liées à l'activité. Il s'agirait non pas de donner aux créanciers professionnels seulement un droit de préférence sur les biens affectés à l'entreprise (...), mais de leur donner un droit exclusif. » (nous soulignons) : A.L. THOMAT-RAYNAUD, *th. préc.*, n°1023, p. 462.

⁷⁰⁶ C'est d'ailleurs en ce sens que vont tous les auteurs sur le patrimoine d'affectation : v. notamm. A.L. THOMAT-RAYNAUD, *th. préc.*, n°963 et s., p. 439 et s. ; F.H. SPETH, *th. préc.*, n°133, p. 120

circulaire et bilatéral entre l'actif et le passif, lequel permet d'établir l'autonomie patrimoniale⁷⁰⁷. En théorie, les dettes de l'EIRL sont ainsi garanties par le seul actif contenu dans le patrimoine professionnel et seules ces dettes grèvent l'actif en question⁷⁰⁸. Mais il est d'autres exemples du droit positif, d'universalités juridiques qui ne connaissent qu'une exclusivité limitée ou, dira-t-on, unilatérale. La plus répandue reste celle des sociétés à responsabilité illimitée : obligés aux dettes de la société, les associés d'un tel groupement voient leur responsabilité étendue, de sorte que les créanciers sociaux peuvent poursuivre les associés sur leur patrimoine personnel⁷⁰⁹. De la sorte, les créanciers sociaux ont alors certes un droit exclusif sur le patrimoine social puisque les créanciers personnels des associés n'ont pas accès aux biens de la société ; mais ces deux catégories de créanciers demeurent en concours⁷¹⁰. L'autonomie patrimoniale n'est donc pas ici parfaite ; la société est alors dite transparente. Pour autant, le patrimoine social d'une société en nom collectif ne cesse pas pour autant d'être une universalité de droit⁷¹¹.

195. L'exclusivité de la corrélation n'est pas toujours symétrique. – Le caractère circulaire de l'exclusivité patrimoniale ne repose en réalité sur aucun critère déterminant objectif. Le postulat de départ des auteurs qui prônent l'autonomie patrimoniale pour identifier l'existence d'une universalité juridique est alors dogmatique⁷¹². Partant, le seul point commun entre les différents « patrimoines » existant en droit positif, repose davantage sur l'existence d'une pluralité de groupes de créanciers. Ceux-ci peuvent alors être complètement séparés mais ils peuvent également être en concours⁷¹³. Par exemple, les créanciers personnels et professionnels de l'entrepreneur individuel seront, en théorie, absolument séparés et à chacune de ces catégories correspondra une assiette différente pour

⁷⁰⁷ A.L. THOMAT-RAYNAUD, *ibid.*

⁷⁰⁸ C'est ce qui découle de l'article L.526-12 du Code de commerce quoique l'opposabilité de la création du patrimoine affecté aux créanciers dit antérieurs soit soumise à une information prenant la forme d'une lettre recommandée (art. R. 526-8 et R.526-9, C. Com).

⁷⁰⁹ L'article L.221-1, al. 1^e, C. Com.

⁷¹⁰ En ce sens, L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica 1999, n°53 et s., p. 41 et s. ; D. GIBIRLA, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », *Defrénois* 1998, 36808, p. 625 et s. ; *Répert. Dalloz Sociétés*, V° Société en nom collectif, spéc. n°361 et s. ; v. également, D. FIORINA, *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse I, 1984.

⁷¹¹ On peut d'ailleurs noter que GARY, dans son étude de l'universalité de droit, range la personnalité morale (et ses conséquences patrimoniales) dans un chapitre relatif aux « notions dérivées du patrimoine » qu'il entend comme des applications médiate (par opposition aux applications immédiates) de l'universalité juridique : v. R. GARY, *op. cit.*, p. 197 et s., spéc. p. 199-223.

⁷¹² Dans ce sens déjà, D. HIEZ, th. préc., n°170 et s., p. 109 et s., et n°317 et s., p. 207 et s.

⁷¹³ En ce sens, Madame ROCHFELD propose de voir une catégorie particulière de patrimoine affecté, les patrimoines en retrait, lesquels donnent effectivement une exclusivité à certains créanciers sans que ces derniers voient leur gage général sur le reste du patrimoine affecté par cette opération : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.24, p. 382 et s.

le droit de gage général. En revanche, les créanciers de l'indivision pourront être en concours avec les créanciers personnels des indivisaires, mais uniquement sur le patrimoine personnel de ces derniers – puisque les biens indivis sont exclus du gage des créanciers personnels. On pourrait également partir de la distinction entre sociétés à responsabilité limitée et celles à responsabilité illimitées pour illustrer ce propos. Le capital social remplit la fonction de garantie, propre à tout actif patrimonial⁷¹⁴, il est en ce sens affecté aux dettes de la société. Mais dans le cas de la société à responsabilité illimitée, le droit des créanciers s'étend au-delà des frontières du patrimoine social et leur droit de poursuite peut s'exercer sur le patrimoine personnel des associés. Il est pourtant bien admis que le patrimoine social est une universalité de droit. C'est donc bien que l'universalité peut exister sans que la corrélation actif/passif soit exclusive. En d'autres termes, l'apparition d'un groupe de créanciers qui ont un droit de gage plus large ou plus restreint que les autres devrait permettre d'identifier l'existence d'une universalité de droit. En ce sens, la corrélation entre actif et passif peut être bilatérale et concerner les deux groupes de créanciers : ceux-ci ne seront donc jamais en concours. Mais cette corrélation peut également être unilatérale ou asymétrique : dans ce cas, une catégorie de créanciers sera plus avantagée que l'autre⁷¹⁵.

196. Des points communs suggérant une identité. – À travers l'analyse du droit positif et sous l'angle de la fonction de responsabilisation du patrimoine, il est possible d'identifier les critères essentiels de l'universalité de droit. Ses applications montrent qu'elle se caractérise par l'existence d'une affectation exclusive entre des biens et des dettes. Cette exclusivité permet d'ailleurs de distinguer la notion d'universalité juridique de celle de sûreté : l'une établit un avantage exclusif au profit de certains créanciers quand l'autre ne donne qu'une préférence à un créancier déterminé. Mais cette corrélation exclusive n'a pas besoin d'être complète et l'avantage ainsi octroyé à certains créanciers ne leur retire pas nécessairement l'accès aux autres biens du débiteur. En d'autres termes, l'exclusivité de la corrélation actif-passif n'implique pas nécessairement une autonomie patrimoniale⁷¹⁶. Cette approche de l'universalité de droit permet de ranger sous une même catégorie, les différentes masses de biens et de dettes qui existent en droit positif d'une part et le patrimoine d'autre part. Pourtant, les universalités de droit ne peuvent être qualifiées de patrimoines car elles ne

⁷¹⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2016, n°290 et s., p. 139 et s.

⁷¹⁵ Dans le même sens, v. F.H. SPETH, *op. cit.*, n°296, p. 304 et n°315, p. 313.

⁷¹⁶ Certains auteurs laissent d'ailleurs entendre que l'avènement des patrimoines affectés en droit français n'est que la suite logique de mécanismes déjà connus qui permettent de remplir le même rôle que le patrimoine : en ce sens, v. par exemple Fr. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011/1, 1011 ; J.L. PIERRE, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E* 2009/51, 2184.

semblent pas affectées à la personne de manière générale : leur vocation spécifique participe ainsi à les caractériser, elle en constitue une partie de l'essence.

197. Des points communs suggérant également une différence. - La notion d'autonomie patrimoniale traduit l'existence, au sein des universalités juridiques identifiées en droit positif, d'une corrélation entre des actifs et un passif propre. Cette affectation exclusive de certains biens à la garantie de certaines dettes justifie l'emploi du terme « autonomie » qui s'applique tant au contenu qu'au contenant, de sorte que se dessine ici les premiers caractères essentiels de la notion d'universalité juridique. Partageant la structure du patrimoine, l'universalité de droit est une masse de biens affectés à des dettes, le tout formant une masse autonome. En d'autres termes, malgré des similitudes avec le patrimoine, l'universalité se définit surtout par rapport au patrimoine car sa dissociation se mesure par rapport au patrimoine légal, c'est de ce dernier qu'elle s'affranchit lorsqu'il est question d'autonomie.

B. Les critères distincts du patrimoine

198. La source de l'universalité, critère de distinction inopérant. – Certains auteurs ont tenté de démontrer que les universalités de fait et de droit se distinguent par leurs sources. La première naîtrait de la volonté quand la seconde serait le résultat de la loi, une universalité automatique. Cet argument a surtout des fondements historiques : l'universalité juridique serait celle qui existe de plein droit, de sorte que l'ensemble des biens et des dettes est considéré comme un tout simplement parce que la loi en dispose ainsi. L'idée est née de la traduction des termes latins « *peculium est universitas juris* »⁷¹⁷ : le pécule est une universalité par l'effet de la loi. Ce critère de distinction paraît ainsi étymologiquement fondé. Elle ne peut pourtant tenir car d'une part, il semblait exister déjà en droit romain des universalités légales (le pécule) qui avait pour fondement la volonté d'un seul (celle du *pater familias*) et des universalités qualifiées de *facti* alors qu'elles résultaient de la loi (telle que la *familia servorum*)⁷¹⁸. Appliquée à des exemples plus récents, l'analyse n'est pas plus convaincante. Partir du critère de la source pour distinguer les universalités, ensemble de biens et de dettes, reviendrait par exemple à considérer que les indivisions légales – successorales ou post-communautaires – sont des universalités de droit alors que les

⁷¹⁷ V. par exemple MÜLHENBRUCH, *Archiv für die civilische Praxis*, 1834, t. XVII, p. 327 ; A.F.J. THIBAUT, *System der Pandecten Rechts*, 1818, §262, cités par G. PLASTARA, th. préc., p. 38-39.

⁷¹⁸ Ces exemples sont offerts par G. PLASTARA, *op. cit.*

indivisions conventionnelles seraient des universalités de fait. Faire ainsi dépendre la nature de l'indivision selon sa source semble peu satisfaisant. Il faut alors chercher l'élément essentiel de l'universalité juridique ailleurs.

199. Une distinction nécessaire par l'identification d'un intérêt spécifique. – L'universalité de droit s'apparente au patrimoine mais la généralité de celui-ci s'oppose à la spécificité de ceux-là. Il aurait alors été possible de fonder cette différence sur la source des différentes masses : l'automatisme du patrimoine, lié à son rattachement à la personne, s'oppose à la création volontaire des autres ensembles universels. Mais ce critère n'étant pas suffisant, il conviendra de chercher son fondement ailleurs. C'est en réalité dans les rapports qu'entretiennent ces différentes universalités avec le patrimoine que se situe la réponse. Le rattachement de ce dernier à la personne juridique – par un lien d'affectation – prête à la structure une généralité sans limite. À l'inverse, la spécificité de l'universalité de droit apparaît là où un intérêt spécifique peut-être identifié. C'est donc la finalité de l'affectation, que l'on peut désigner sous les termes de but, d'intérêt ou de fin, qui se présente comme critère déterminant de distinction entre les masses de biens et de dettes.

200. Intérêt, but et finalité. – L'intérêt entendu comme avantage et perçu comme la recherche d'un profit se rapproche de la notion de bien en ce qu'il tend à la satisfaction d'un besoin ou d'un désir chez l'Homme. Sous cet angle, l'intérêt de la personne est à la source de son action, il justifie sa démarche, il fonde son mouvement. Parce qu'il est être de raison, le sujet de droit agit dans un but déterminé et chacune de ses interactions trouve une raison, une cause. En ce sens, l'intérêt se présente comme le but ou la finalité recherchée par telle personne lorsqu'elle accomplit tel acte. Or, pendant un temps, le Droit se désintéressait de cette finalité pour ne se préoccuper que du rapport lui-même, celui de l'homme avec une chose ou celui de plusieurs hommes entre eux. Le Droit n'était alors affaire que de moyens et jamais de fin. C'est d'ailleurs ainsi que la théorie de la cause a longtemps pris en compte la seule cause objective pour délaissier la cause subjective en droit des contrats. Pourtant, l'attitude du droit vis-à-vis des motivations de l'individu a également toujours connu un cadre : sans aller jusqu'à énoncer ce qui est autorisé, le législateur a souvent pris le soin de préciser ce qui est interdit. Nous verrons d'ailleurs que seuls les intérêts que le Droit considère comme « légitimes » sont susceptibles de fédérer une universalité juridique⁷¹⁹.

⁷¹⁹ Cf. *infra* (n°268).

201. La spécificité de l'intérêt. – Partant de ce postulat, l'intérêt général et indifférencié de la personne juridique permet de fédérer les éléments du patrimoine en un tout cohérent. Autrement dit, le patrimoine met en relation les dettes contractées dans l'intérêt du sujet et les biens de ce même sujet. Mais l'isolement d'un intérêt spécifique de la personne justifie l'isolement de certains biens pour la garantie des dettes contractées dans cet intérêt. De nombreux auteurs l'ont écrit d'ailleurs, l'affectation de la masse à un intérêt permet de justifier à la fois le rattachement du patrimoine à la personne mais également et surtout d'expliquer théoriquement la divisibilité du patrimoine c'est-à-dire la création de nouvelles universalités⁷²⁰. Ces théories doivent emporter l'approbation car elles ne constituent pas une proposition dogmatique de l'analyse du patrimoine mais répondent à une explication théorique de l'évolution du Droit positif. La distinction des intérêts et, plus précisément, l'identification d'intérêts suffisamment indépendants de l'intérêt général d'une personne ne correspond finalement qu'à une lecture des règles qui entourent les universalités juridiques existantes. La masse commune justifie d'un passif propre en raison de l'intérêt du couple qui prime les intérêts individuels de ses membres ; il en va de même pour l'indivision. De la même manière, l'identification d'une activité spécifique pour l'EIRL permet d'expliquer son autonomie par rapport aux autres intérêts de l'entrepreneur. La fiducie doit pareillement être motivée par l'existence d'une finalité (sûreté ou gestion), laquelle doit apparaître dans l'acte constitutif. Tous ces exemples militent donc en faveur de l'identification d'un intérêt nouveau et indépendant, justifiant la réunion de certains biens affectés à la garantie des dettes nées de la poursuite de cet intérêt.

202. L'existence d'un droit de poursuite spécial. – La spécificité de l'intérêt fédérateur des universalités de droit s'oppose finalement à la généralité de l'intérêt de la personne, celui qui fédère les éléments du patrimoine. Nous avons pourtant vu que ce dernier permet de mettre en œuvre le droit de gage général des créanciers ; or l'universalité de droit s'en inspire pour créer un droit de poursuite concurrent, de sorte qu'une relation d'opposition s'installe entre les masses. Ainsi, l'universalité juridique peut être présentée comme une technique d'aménagement du droit de gage général des créanciers par la création d'un droit de poursuite spécial. On peut constater que la constitution d'un « patrimoine affecté » dans le cadre de l'EIRL va engendrer une distinction entre créanciers personnels et créanciers

⁷²⁰ G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°190 et s., p. 185 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°842 et s., p. 391 et s., M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII 2010, n°128 et s., p. 88 et s. ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2018, n°72 et s., p. 79 et s.

professionnels. La même distinction se crée avec les créanciers fiduciaires ou les créanciers de l'indivision, ou encore ceux du fonds commun de titrisation ou de placement. Les créanciers maritimes sont, quant à eux, distincts de tous les créanciers des intervenants sur le navire et les créanciers communs s'opposent, dans le régime matrimonial légal, aux créanciers propres de chaque époux. La catégorisation de ces différents créanciers suggère l'existence de plusieurs droits de poursuite différents ayant pour assiette, des ensembles de biens distincts.

III. Une relation de genre et d'espèce entre universalité de droit et patrimoine

203. La concurrence entre universalités de droit. – Les différentes masses, de biens et de dettes, qui existent aux côtés du patrimoine vont avoir des effets sur la propriété et sur les droits des créanciers⁷²¹. Parce qu'il est de l'essence de l'universalité de droit de déterminer l'assiette du droit de gage général des créanciers, la réunion de certains biens, en garantie de certaines dettes, va engendrer un conflit entre les masses. Parce que chacune d'elles remplit la même fonction de garantie et de responsabilisation du sujet, les universalités de droit qui coexistent sont en conflit. En d'autres termes, parce que les deux ensembles sont employés pour une même fin, elles sont nécessairement et conséquemment en concurrence. Comme toute hypothèse de conflit, il s'instaure alors une relation d'opposition entre les masses. De la sorte, toute universalité de droit doit être analysée par rapport au patrimoine légal. Celui-ci existant de plein droit à la naissance (physique ou fictive) de toute personne juridique, il se présente comme la première masse de biens et de dettes, celle qui existe par défaut, celle au regard de laquelle toutes les universalités juridiques sont en conflit. En ce sens, la Professeure ROCHFELD propose de voir ici l'apparition d'une fonction nouvelle et propre aux universalités. Pour l'auteure, « la responsabilité se trouve donc mise en parallèle avec l'émergence d'une seconde fonction, celle de cantonnement de la garantie offerte aux créanciers et de protection du débiteur : en limitant les biens que ce dernier engage par ses actes juridiques – aux biens professionnels notamment, on assure la mise en retrait de biens personnels et vitaux.⁷²² ».

204. Cohérence avec l'idée de corrélation exclusive. – Le cantonnement de la garantie serait ici un critère permettant de faire le départ entre le patrimoine, masse unique en son genre parmi les masses de biens et de dettes, et les universalités de droit spécifiques,

⁷²¹ Cf. *infra* (n°311 et s.).

⁷²² J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°6.25, p. 384.

masses autonomes de biens et de dettes. L'idée d'autonomie implique en effet l'autosuffisance ou l'indépendance, elle s'accompagne donc d'un affranchissement et, partant d'une chose dont il faut s'affranchir⁷²³. Madame ROCHFELD ne l'applique néanmoins qu'aux patrimoines et elle vise notamment le patrimoine professionnel de l'EIRL. Il est néanmoins possible d'appliquer ce raisonnement aux autres universalités juridiques. En ce sens, la limitation du gage général des créanciers résulte bel et bien de la création de n'importe quelle masse de biens et de dettes exclusivement corrélés : la création de toute universalité de droit a pour effet d'exclure une catégorie de créanciers dans la poursuite de certains biens⁷²⁴. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'existence d'un passif propre à la masse permet d'attester de l'existence d'une telle universalité. Cette analyse soulève néanmoins la question, sur le plan conceptuel, du patrimoine légal et de son rapport avec la notion d'universalité de droit.

205. Le patrimoine légal, espèce du genre universalité de droit. – L'identification des différentes universalités juridiques en Droit positif fait apparaître des divergences, malgré des points communs permettant de conclure à une notion unitaire. En ce sens, il est possible de considérer que le patrimoine constitue une des espèces de l'universalité de droit qui en devient alors le genre. L'identité entre les deux notions est alors préservée ; elle doit pourtant être dépassée car il semble exister, aux côtés du patrimoine, d'autres structures réunissant actif et passif corrélés. S'il paraît intuitivement possible de distinguer dès maintenant les patrimoines des masses dont l'autonomie n'est qu'incomplète, il faut encore déterminer si tous les « patrimoines » sont à ranger dans la même espèce que le patrimoine légal⁷²⁵. Nous verrons que les éléments qui forment le patrimoine et qui le caractérisent n'existent qu'au

⁷²³ En ce sens, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010, V° Autonomie ; *Dictionnaire Larousse de la langue française*, V° Autonomie.

⁷²⁴ Créer un patrimoine professionnel a pour effet d'exclure les biens professionnels du gage des créanciers personnels et inversement. Les créanciers personnels de l'indivisaire n'ont pas accès aux biens de l'indivision. La simple existence de ces universalités va donc venir limiter le droit de gage général d'une, voire de plusieurs catégorie(s) de créanciers.

⁷²⁵ La question ne s'est jamais vraiment posée en ces termes en doctrine puisque les auteurs opposaient volontiers les théories, objective et subjective, du patrimoine. Seules les études récentes s'y sont intéressées puisque face à l'avènement des patrimoines affectés en droit positif français, la question se posait de savoir si ceux-ci sont identiques au patrimoine légal. En ce sens, certains considèrent qu'il faut voir une seule et unique notion du patrimoine en droit civil : v. notamm. N. JULLIAN, *th. préc.*, n°11, p. 13-14 ; dans le même sens : M.C. AUBRY, *th. préc.*, n°264 et s., p. 209 et s. D'autres considèrent en revanche, que le patrimoine affecté se distingue du patrimoine légal : v. notamm. A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°863, p. 402 ; C. KUHN, *th. préc.*, n°254, p. 190. Nous verrons que considérer le patrimoine légal comme les autres est en réalité impossible (*cf. infra* : n°207) et Madame JULLIAN finit d'ailleurs par l'admettre puisque sa thèse repose sur un principe d'incessibilité du patrimoine et de plusieurs exceptions de cession de patrimoine : v. n°110 et s., p. 118 et s.

regard de cette unique notion, ce qui nous amènera à remettre en cause la notion de patrimoine d'affectation⁷²⁶.

206. Le patrimoine légal, l'universalité de droit par défaut. – Résultant de la loi, il est désormais admis que toute personne a un patrimoine. Attaché à la qualité de personne juridique, le patrimoine est une universalité juridique dont l'existence ne dépend pas de la volonté individuelle. Elle est parce que le sujet de droit existe. Réunissant *a priori* tous les biens patrimoniaux et toutes les dettes d'une personne, le patrimoine légal est la conséquence nécessaire à l'activité juridique : il n'est d'obligation ou de propriété sans patrimoine⁷²⁷. Il constitue ainsi la première universalité de droit, tant du point de vue de l'Histoire que sous l'angle individuel de chaque personne juridique. La loi attache à la naissance du sujet, une conséquence quant à ses biens et à ses obligations : la création d'un patrimoine. Il en résulte ainsi une sorte de lien de parenté entre les notions et l'universalité de droit est construite sur le modèle du patrimoine. Il n'existe pourtant qu'un seul patrimoine mettant en place le droit de gage général des créanciers et toutes les autres masses de biens et de dettes qui viennent le compléter n'en sont qu'une pâle copie et permettent simplement d'aménager la responsabilité du sujet de droit en créant un droit de poursuite concurrent.

207. L'unicité du patrimoine et le rejet du patrimoine d'affectation. – Il est possible de déduire de l'analyse de l'universalité de droit que le patrimoine est bel et bien une notion unique. S'il est une des universalités de droit, il ne peut exister d'autres patrimoines. En ce sens, il est légitime de remettre en question la qualification de « patrimoine d'affectation » ou du moins est-il possible d'affirmer que ces masses de biens et de dettes – ces universalités de droit – ne sont pas, contrairement à leur appellation, des patrimoines. Universalités spécifiques, ces masses ne sont pas simplement des moyens de mettre en œuvre un droit de poursuite, elles l'aménagent, le modifient et sont, en ce sens et surtout, une limitation de la responsabilité du débiteur.

208. Conclusion de la section : critère d'identification de l'universalité de droit. – L'universalité de droit se caractérise finalement par l'existence d'une affectation des biens à la garantie des dettes, par l'existence d'un passif propre attestant d'une certaine autonomie de l'universalité au regard du patrimoine. Deux constats s'infèrent de cette analyse : d'une

⁷²⁶ Cf. *infra* (n°207).

⁷²⁷ Car il n'est de patrimoine sans personne et « en droit, la personne juridique sert de support aux droits et aux obligations que le sujet va actionner dans sa relation à d'autres. » : X. BIOY, « Le corps humain et la dignité », *CRDF* 2017, n°15, p. 12.

part, l'universalité de droit partage la même fonction que le patrimoine légal et entre alors en conflit avec lui. D'autre part, parce qu'elle remet en question le droit de gage général attaché au patrimoine, l'universalité de droit peut être perçue comme une technique permettant d'aménager le droit de poursuite des créanciers. Cette concurrence entre les ensembles universels peut être complète et les catégories de créanciers dont le droit de gage général aura pour assiette les universalités différentes ne seront donc jamais en concours. Mais l'autonomie de la masse n'a pas besoin d'être parfaite, elle peut offrir un droit de poursuite supplémentaire à certains créanciers sans les exclure du patrimoine légal. Autrement dit, l'autonomie patrimoniale d'une universalité juridique peut être asymétrique. Si l'analyse n'est pas nouvelle et si certains avaient vu, avant nous, l'existence d'autres universalités aux côtés du patrimoine⁷²⁸, force est néanmoins de voir que ces auteurs ne se sont pas attardés sur les rapports qu'entretiennent les deux notions. Or le patrimoine est certes une universalité de droit mais il semble que toute universalité de droit ne peut être qualifiée de patrimoine⁷²⁹. Sa définition demeure cependant plus large que celle du patrimoine car la masse ne semble pas dépendre uniquement de la loi⁷³⁰. Elle se rattache par ailleurs à un intérêt plus spécifique que le patrimoine légal. Autrement dit, ce n'est pas l'affectation à l'intérêt général et indifférencié de la personne⁷³¹ qui caractérise la masse universelle mais son affectation à un intérêt⁷³².

⁷²⁸ V. notamm. R. GARY, *op. cit.*

⁷²⁹ En ce sens, v. R. JABBOUR, « Assiette du droit de gage général et théories du patrimoine : ajustements au regard de la notion d'indivisibilité », in *Mélanges L. Aynès*, LGDJ-Lextenso 2019, p. 325 et s. L'auteure écrit ainsi : « L'EIRL forme bien une universalité de droit, mais celle-ci peut-elle pour autant être qualifiée de patrimoine ? Rien n'est moins sûr. Toute universalité de droit ne saurait en effet revêtir cette qualification puisque la dialectique sous-tendant la division du patrimoine implique nécessairement une différenciation dans la transmission successorale ». Et force est d'admettre qu'au décès de l'entrepreneur individuel, une double succession n'a pas lieu, sauf hypothèse de transmission universelle : *cf. infra* (n°544 et s.).

⁷³⁰ *Cf. infra* (n°260 et s.).

⁷³¹ *Cf. supra* (n°174 et s.).

⁷³² Nous verrons par la suite les moyens d'identifier les intérêts permettant de fédérer une universalité juridique : *cf. infra* (n°272 et s.).

SECTION 2 – LA NATURE DES UNIVERSALITES DE DROIT

209. Universalité de droit et *summa divisio*. – Parce que l’universalité de droit se caractérise par une corrélation entre l’actif et le passif, par cette relation entre la propriété et l’obligation, elle se retrouve prise entre l’objet et le sujet. Partir à la recherche de sa nature revient à se demander si l’universalité de droit doit être qualifiée, par respect à la *summa divisio* qui irrigue le droit civil, de personne (I) ou de bien (II). Les limites de ces catégories forcent à y voir une chose qui ne se détache pas de la personne, chose que nous avons qualifiée de bien extrapatrimonial⁷³³ (III).

I. Le rejet de la qualification d’ensemble personnifié

210. Les origines de l’universalité : la personnification. – La première apparition de l’universalité ou plutôt de l’*universitas* semble liée à la personne juridique en Droit romain⁷³⁴. Imposée par l’extension de l’Empire et par la nécessité d’octroyer des droits et des devoirs à des groupements, la personnalité juridique a été conférée à des cités entières, puis à des collèges professionnels, puis à des sociétés, à des Églises, à des hôpitaux. Tous sont alors désignés sous l’appellation « *universitas*⁷³⁵ ». C’est alors à BARTOLE que le droit contemporain doit sa personnification des masses de biens. Partant de l’exégèse des textes romains, l’auteur voit dans les groupements de biens, les premières applications de la *persona ficta*. C’est ce qui a permis de voir une personne juridique fictive dans la masse de biens et de dettes fédérés par une volonté unique⁷³⁶. De cette analyse, l’universalité est historiquement d’abord le fondement de la personnalité juridique et là où une telle personne existe,

⁷³³ Cf. *supra* (n°131).

⁷³⁴ V. néanmoins R. FEENSTRA, « L’histoire des fondations », *TVR – Revue d’Histoire du droit*, 1956, p. 381 : l’auteur souligne, à l’occasion d’une lecture critique de trois œuvres sur le sujet, que la notion de personne juridique se mêle avec l’apparition du *trust* en droit romain, lequel semble appliquer tour à tour les caractéristiques de chacune de ces notions sans pour autant en consacrer une.

⁷³⁵ L’Eglise est alors appelée « *universitas personarum* » quand l’hôpital est désigné sous le nom d’« *universitas rerum* ». Semble alors naître une sorte de confusion entre les catégories d’universalités. V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996, n°66, p. 88.

⁷³⁶ Par la suite, l’œuvre de MICHOUD a permis de préciser cette analyse. La théorie de la réalité technique de la personnalité morale a alors remplacé la volonté par l’intérêt. L’universalité n’est alors plus fédérée autour d’une personne en tant que volonté mais autour d’un intérêt ou d’un pôle d’intérêts juridiquement protégé(s) : L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application droit français*, LGDJ 1924. Nous verrons en réalité que l’intérêt et la volonté sont intrinsèquement liés et que tous deux sont nécessaires à la construction de la personnalité juridique et du patrimoine (cf. *infra* : n°252 et s.) : R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°48, p. 45 ; FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 ; FR. ZÉNATI et TH. REVET, *Les biens*, PUF 2007, n°136, p. 207 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L’unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2009, n°42, p. 26 ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, n°23, p. 31

l'universalité de droit en est nécessairement le corolaire. Il est alors possible d'affirmer que la personnalité morale est, historiquement, une universalité de droit à laquelle le système juridique a donné, fictivement, la qualité de sujet de droit⁷³⁷.

211. Rapprochement entre personne juridique et universalité. – La personne juridique se distingue de la personne humaine en ce que l'une peut exister sans l'autre. L'exemple souvent donné en la matière est celui du fœtus qui n'est doué de la personnalité juridique que s'il naît viable et vivant⁷³⁸. Pourtant, il est considéré comme personne humaine par le législateur⁷³⁹, la jurisprudence⁷⁴⁰ et la doctrine⁷⁴¹. Inversement, les personnes morales sont dotées de cette personnalité juridique sans pour autant correspondre à des êtres humains. Or parce qu'elle n'a d'existence qu'à travers la règle de droit, la personnalité juridique est une notion abstraite⁷⁴². Ce recours aux idées, à la pensée, est d'ailleurs nécessaire à la construction du sujet de droit car celui-ci est le parangon de la potentialité. Titulaire des droits subjectifs et des libertés, il n'est à la naissance qu'un être capable, capable de jouir ou d'exercer des droits, capable de défendre et d'exercer sa liberté⁷⁴³. C'est cette potentialité qui permet de rapprocher la personne juridique de l'universalité car cette dernière est également symbole d'une construction idéale et potentielle. Rien n'empêche alors de voir, comme l'ont

⁷³⁷ En ce sens, R. SALEILLES, *La personnalité juridique*, 1910, rééd. Mémoire du droit 2003, p. 161 et s. ; L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil*, éd. Arthur ROUSSEAU 1904, t. I, p. 357 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 589 et s.

⁷³⁸ Cette solution est tirée de l'adage « *Infans conceptus pro nato habetur* » qui trouve une expression aux articles 311 et 725 du Code civil.

⁷³⁹ L'article 16 du Code civil subordonne la reconnaissance de la personne à sa naissance en assurant une protection de sa dignité « au moment de sa naissance ». Paradoxalement, le législateur accepte de fictivement faire remonter la personnalité de l'enfant conçu à un moment antérieur à sa naissance (art. 725, C. Civ. qui fonde l'adage *Infans conceptus*).

⁷⁴⁰ L'homicide involontaire du fœtus est ainsi écartée par la Cour de cassation (Ass. Plen., 29 juin 2001, Bull. Civ., n°8, n°99-85973 ; D. 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD ; D. 2001, Chron. 2907, PRADEL ; JCP G 2001, II, 10569, rapp. SARGOS, concl. SAINTE-ROSE, note M. RASSAT ; JCP G 2002, I, 101, n°21, obs. P. MURAT ; JCP G 2002, I, 107, n°3, obs. M. VÉRON ; Gaz. Pal. 2001, p. 1456, note TH. BONNEAU ; p. 998, note D. MONNIER ; Dr. Fam. 2001, Chron. 21, D. VIGNEAU ; RJPF 2001-10/42, note G. TOUATI ; RTD Civ. 2001, p. 560, obs. J. HAUSER). Pourtant, elle lui reconnaît une existence lorsqu'elle permet aux parents d'un enfant non viable de dresser un acte d'enfant sans vie (Civ. 1^e, 6 févr. 2008, Bull. Civ. I, n°41, n°06-16498 ; Bull. Civ. I, n°42, n°06-16499 ; Bull. Civ. I, n°43, n°06-16500 ; JCP G 2008, II, 10045, note G. LOISEAU ; Dr. Fam. 2008, n°34, obs. P. MURAT ; RTD Civ. 2008, p. 268, obs. J. HAUSER).

⁷⁴¹ La distinction semble naître des influences chrétiennes puisque la période gréco-romaine voyait plus volontiers une confusion entre personne juridique et personne physique, les deux n'ayant d'existence qu'à la naissance : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, n°45, p. 59.

⁷⁴² L'analyse étymologique du terme *personne* permet d'ailleurs d'y voir une véritable « abstraction technique » plutôt qu'une réalité concrète : v. notamment J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°1.1.1, p. 9.

⁷⁴³ La liberté du sujet de droit est d'ailleurs un exemple parfait de l'abstraction, de la potentialité car comme l'écrivait ROUBIER, « on ne peut dire que la liberté tend, comme le droit, vers un but défini ; elle représente une série de possibilités en tous sens, même de possibilités directement contraires les unes aux autres » : P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, n°20, p. 150.

fait certains auteurs, une universalité dans la personne juridique. Ainsi est née la confusion entre patrimoine et personne. Cette confusion est d'autant plus éclatante lorsque la question des origines de la personnalité morale se pose.

212. La personnalité morale : modèle de personnification de l'universalité. – Les travaux sur la personnalité morale sont nombreux⁷⁴⁴ et les débats doctrinaux n'ont cessé de se multiplier quant à la portée de cette notion⁷⁴⁵. La jurisprudence ayant tranché en faveur de la théorie de la réalité technique⁷⁴⁶, la personnalité morale semble renvoyer aujourd'hui à l'attribution, à un groupement, de la qualité de sujet de droit dès lors que celui-ci représente un intérêt distinct de ceux, individuels, de ses membres et, « pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense » d'un tel intérêt. De nombreux auteurs ont, par la suite, tenté de montrer que le recours à la personnalité morale est en réalité l'instrumentalisation de la notion de personne juridique en vue de créer une autonomie patrimoniale⁷⁴⁷. Le droit français a alors très vite, et de façon presque systématique, repris cette idée selon laquelle là où l'universalité de droit doit être consacrée, il faut créer une nouvelle personne juridique⁷⁴⁸. Il s'agissait, en d'autres termes, de donner à la théorie subjective du patrimoine, son champ d'application le plus total et permettre la création d'une nouvelle universalité en préservant l'unicité du patrimoine. L'avènement en droit français

⁷⁴⁴ V. notamm. L. MICHOU, op. cit. ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique - Histoire et théories*, éd. A. Rousseau 1922 ; M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919 ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*, Langres 1950 ; M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey 1963 ; J.P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ 1977 ; N. FADEL-RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ 1991 ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant 1995 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, spéc., n°203 et s., p. 197 et s. ; F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ 1997 ; N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse Paris II, 2001 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé - Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004 ; B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM 2006 ; J.CH. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, éd. Varenne-LGDJ 2006.

⁷⁴⁵ C. FREYRA, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mélanges A. Breton & F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 121 et s.

⁷⁴⁶ Civ. 28 janv. 1954, *JCP G* 1954, II, 7978, concl. LEMOINE, *D.* 1954, p. 217, note. G. LEVASSEUR, *Dr. Soc.* 1954, p. 161, note P. DURAND ; Com, 17 janv. 1956, *D.* 1956, p. 265, note R. HOUIN.

⁷⁴⁷ J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705 et s. ; FR. COHET-CORDEY, *Patrimoine et entreprise*, th. Grenoble 1993, n°545, p. 400 ; N. EZRAN-CHARRIERE, *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union Européenne*, LGDJ 2002, n°153 et s., p. 134 et s. ; D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé français actuel*, LGDJ 2003, n°. 170 et s., p. 109 et s. ; I. JEULIN, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, LGDJ 2007, n°5, p. 5 ; R. MORTIER, « L'instrumentalisation de la personne morale », in *La personnalité morale - Thèmes et commentaires - Travaux de l'association Henri Capitant*, Dalloz 2010, p. 31 et s.

⁷⁴⁸ C'est d'ailleurs le choix opéré par le législateur en 1985 lorsqu'il a opté pour l'EUURL (loi no 85-697 du 11 juillet 1985) alors que l'occasion lui permettait d'introduire dans le système juridique français, le patrimoine d'affectation. V. en ce sens, P. SERLOOTEN, *Répert. Soc. Dalloz*, V°Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EUURL) ; J. PAILLUSSEAU, « L'EUURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP E* 1986, II, 14684.

des sociétés unipersonnelles participe donc à cette instrumentalisation et a été critiqué⁷⁴⁹. Il convient pour l'heure de voir que cette analyse revient à confondre, une fois encore, patrimoine et personne, à personnifier l'universalité.

213. L'hérédité : modèle d'universalité juridique personnifiée. – De cette lecture de la personne juridique, il serait tentant de voir dans chaque universalité juridique, un ensemble personnifié. C'est d'ailleurs sur cette idée que l'œuvre d'AUBRY et RAU a fondé la fameuse unicité du patrimoine : toute personne a un patrimoine, seules les personnes ont un patrimoine et chaque personne n'a qu'un patrimoine⁷⁵⁰. À l'appui de cette théorie, les auteurs prennent l'exemple de l'hérédité. La personnification de l'universalité trouve alors ses origines aussi bien dans la personnalité juridique des groupements que des êtres humains. La théorie de la continuation de la personne permet ainsi de voir dans l'hérédité une personne juridique qui survit à la personne humaine⁷⁵¹. Dans ce cas, l'universalité correspond bel et bien à une personne juridique. Issue de l'adage latin « *heres sustinet personam defuncti*⁷⁵² », la continuation de la personne du défunt par ses héritiers entraîne une transmission de l'*universum jus defuncti*⁷⁵³. Pour autant, cette théorie du droit romain n'est pas à l'abri de toute critique. Toute universalité de droit ne peut correspondre à une personne juridique nouvelle. Au-delà de la confusion – entre patrimoine et personne – engendrée par une telle lecture, le droit positif semble rejeter cette théorie et sombre alors dans la contradiction.

214. Les critiques de la continuation de la personne. – Permettant d'expliquer l'étendue de la dette de l'héritier acceptant purement et simplement la succession, la théorie de la continuation de la personne fonde l'obligation *ultra vires successionis*. La reprise des dettes du défunt par l'héritier repose sur une vision purement personnelle de l'obligation : si l'obligation est personnelle, pour qu'elle survive au décès du débiteur, quoi de plus simple que de faire survivre fictivement ce débiteur ? C'est semble-t-il la solution retenue par les Romains⁷⁵⁴ et par le Code Napoléon⁷⁵⁵. Il convient néanmoins d'admettre aujourd'hui que

⁷⁴⁹ Cf. *supra* (n°95).

⁷⁵⁰ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, préc.

⁷⁵¹ La plupart des manuels la présente d'ailleurs ainsi : B. BEIGNIER, *Les successions et libéralités*, Litec 2015, n° 131-133 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les libéralités et les successions*, Defrénois 2015, n°541 ; G. MARTY & Ph. RAYNAUD, *Les successions et libéralités*, LGDJ, n°199.

⁷⁵² « L'héritier continue la personne du défunt ».

⁷⁵³ « L'universalité de droit du défunt »

⁷⁵⁴ J.P. LEVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz 2010, n°975 et s., p. 1304 et s.

⁷⁵⁵ A. COLLIN, « Le droit des successions dans le Code civil », in *Livre du centenaire*, 1904, I, p. 295 et s. ; J.P. LEVY & A. CASTALDO, op. cit., n°853 et s., p. 1164 et s.

C'est ce qui ressort d'ailleurs de la lecture de l'ancien article 1122 du Code civil qui disposait que « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte

l'obligation lie certainement les parties par un droit personnel mais ce même droit est analysé, d'un point de vue extérieur aux parties, comme un bien⁷⁵⁶. C'est d'ailleurs ce qui en permet la circulation dont l'archétype est la cession de créance. Or si, envisagée dans le cadre de sa transmission, l'obligation est un bien, il devient inutile de faire survivre fictivement le débiteur⁷⁵⁷. Par ailleurs, si les héritiers devaient continuer la personne du *de cuius*, ils devraient nécessairement reprendre tous les aspects de la personnalité juridique. Or ce sont précisément les droits attachés à la personne du défunt qui ne sont pas transmis aux héritiers⁷⁵⁸. De la même manière, la règle de la jonction des possessions n'aurait aucun sens s'il y avait une véritable continuation de la personne. En permettant aux héritiers de joindre, à leur possession, celle de leur auteur, le Code civil admet que les premiers ne reprennent pas la personnalité juridique du second car s'il continuait la personnalité du défunt, les héritiers n'auraient pas besoin d'agir pour faire joindre des droits qui leur appartiendraient déjà⁷⁵⁹.

215. Le rejet de la qualification de personne fictive. – Le patrimoine ne peut techniquement être confondu avec la personne juridique⁷⁶⁰, la confusion n'est pas plus légitime d'un point de vue conceptuel : le patrimoine n'est pas un ensemble personnifié de

de la nature de la convention ». Le nouvel article 1203 prévoit en revanche que « on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même », ce qui va bien dans le sens d'une évolution.

⁷⁵⁶ V. notamment sur ce point : GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960 ; FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica* 2007, n°213 et s., p. 236 et s. ; J. GHESTIN, M. BILIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°15 et s., p. 21 et s. ; Y. EMERICH, *La propriété des créances – Approche comparative*, LGDJ 2007, n°132 et s., p. 79 et s. ; W. DROSS, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principes ? », *RRJ* 2012, p. 2229 et s. ; nous avons par ailleurs vu que l'obligation envisagée comme un bien et comme un lien n'est pas la seule notion à recevoir une double qualification : cf. *infra* (n°138).

⁷⁵⁷ En ce sens, G. WICKER, *th. préc.*, n°48, p. 59 : « l'idée de continuation de la personne ne présente plus de nos jours d'intérêt du point de vue de la technique juridique » ; v. également O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universelles*, *th.* Paris, 1902 ; P. CAZELLES, *De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmission universelle*, *th.* Paris, 1905 ; M.L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, *th.* Paris X, 1994 ; M. GRIMALDI, *Droit civil – Successions*, Litec 2001, n°549-550, p. 545-546 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les successions*, éd. A. COLLIN, 1991, n°274 ; R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°14, p.13-14.

⁷⁵⁸ C'est d'ailleurs sur ce point que certains désignent les droits intransmissibles aux héritiers, les droits extrapatrimoniaux, ce qui va dans le sens d'une exclusion de certains biens du patrimoine (cf. *supra* : n°131). L'ensemble est transmis et tout ce qui en est exclu n'est donc pas transmis avec.

⁷⁵⁹ Art. 2265, C. Civ. ; v. aussi Civ. 3^e, 29 févr. 2012, n°10-26738, *AJDI* 2012, p. 457, note LE RUDULIER.

⁷⁶⁰ Cette confusion repose sur l'identification, dans le patrimoine, d'une capacité d'appropriation alors qu'il n'en est que le résultat (effectif ou potentiel) : cf. *supra* (n°34). Ainsi, des auteurs ont-ils pu écrire : « on sait que le patrimoine peut être transmis à cause de mort ; il se détache donc de la personnalité de son titulaire, tout en demeurant une universalité de biens. Pour expliquer cette transmission, il faut, dans la thèse d'Aubry et Rau, faire appel à la fiction de la continuation de la personne du défunt par l'héritier. On voit à quel raisonnement conduit une notion fautive : afin de masquer le fait que le patrimoine est transmis, on va prétendre que le défunt se survit pour servir de support à son patrimoine (...) » ; H., L. ET J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil – Successions et libéralités*, 5^e éd. Montchrestien 1999, n°291.

biens et de dettes car il ne répond pas des critères de définition de la personne juridique, il n'est pas un être capable. Dépourvu de toute capacité, d'exercice, de jouissance ou d'appropriation, l'anthropomorphisme dont il a été victime résulte seulement de deux idées : la potentialité de son contenu d'une part, sa transmission en tant qu'ensemble d'autre part. Or dès lors qu'est admis le recours à une abstraction intemporelle⁷⁶¹, la potentialité des éléments du patrimoine trouve son fondement ailleurs que dans sa confusion avec la capacité des personnes juridiques. L'Histoire et plus précisément les racines romaines de la personnification des universalités n'est, par ailleurs, pas aussi claire qu'elle ne semble l'être au premier abord. Ainsi, un auteur écrit-il que « si dans le cas des établissements ecclésiastiques, la terminologie des sources se rapproche plus ou moins de ce que nous appelons la construction de la personne juridique, elle va, dans le cas des fonds destinés au rachat des captifs et à la distribution des aumônes, plutôt dans la direction de la construction du *trust*⁷⁶² ». La structure d'universalité offre simplement au patrimoine un cadre abstrait suffisant pour ne pas le confondre avec la personne. Mais suivant la *summa divisio* classique offerte par le Code civil, si l'universalité de droit n'est pas une personne, elle doit nécessairement être une chose.

II. Les doutes quant à la qualification de bien

216. Difficulté d'une approche unitaire. – La question de la nature de l'universalité de droit, et surtout du patrimoine, est longtemps restée sans réponse. Dépourvue de tout intérêt pratique tant qu'il n'en existait qu'une seule application, elle a suscité l'intérêt des auteurs avec l'apparition du patrimoine d'affectation. Ceux qui s'y sont intéressés se sont alors fondés sur l'idée que le patrimoine – ou du moins le patrimoine d'affectation – est une chose cessible. La masse de biens et de dettes entrerait alors dans l'univers des échanges juridiques et devrait donc être considérée comme un bien. Il convient ici de vérifier ces théories en vérifiant d'abord si les critères du bien juridique peuvent être appliqués à l'universalité de droit (A). Nous verrons en réalité que l'universalité, en tant que contenant, ne peut faire l'objet d'une cession et n'entre donc pas dans le domaine des échanges (B).

⁷⁶¹ Cf. *supra* (n°161).

⁷⁶² R. FEENSTRA, art. préc., p. 400-401.

A. Les caractères du bien appliqués à l'universalité de droit

217. Méthode de recherche. – L'idée d'universalité de droit répond à la définition qui en est classiquement donnée : il s'agit d'une masse de biens et de dettes, résultant de l'affectation des premiers à la garantie des secondes, dans la poursuite d'un intérêt – général (dans le cas du patrimoine) ou spécifique⁷⁶³. Le bien peut, de son côté, se définir comme la chose, dotée d'une valeur juridiquement reconnue et partant, constituant un objet d'appropriation et susceptible d'échange⁷⁶⁴. Il convient de rechercher dans les différentes applications de l'universalité de droit, la présence de ces critères. Si toutes les universalités, prises en tant que masses, en tant que contenant et indépendamment du contenu, réunissent les conditions de qualification du bien, il faudra leur attribuer cette nature juridique. Il est alors possible d'envisager ce processus de qualification au regard des deux caractéristiques essentielles du bien patrimonial : du point de vue de la valeur (1) et du point de vue de la propriété (2).

1. La remise en cause de la valeur des universalités de droit

218. L'universalité de droit comme chose utile à l'homme. – Madame KUHN propose dans sa thèse de voir dans l'universalité de droit, un bien juridique dans la mesure où la masse ainsi envisagée a une utilité qui lui est propre. En tant que telle, la chose utile à l'homme est susceptible d'appropriation et doit être qualifiée de bien. Partant du postulat que le bien est en effet, une chose appropriée en raison de son utilité, de sa valeur d'usage, l'auteure propose en réalité de voir que « l'universalité attire à elle les utilités des éléments qu'elle contient, ce processus de déplacement des utilités de biens vers un autre n'est pas propre à l'intégration d'un bien dans une universalité. C'est également un effet de l'incorporation (...). Entité immatérielle, l'universalité n'utilise pas l'incorporation mais l'intégration des éléments dans sa dimension contenant afin d'en capturer les utilités.⁷⁶⁵ ». Cette analyse originale revient à ignorer la distinction entre contenant et contenu. Elle revient

⁷⁶³ Cf. *supra* (n°53 et s.) ; v. à ce sujet, A.C. VAN GYSEL, *Les Masses de liquidation en droit privé*, Bruylant 1994 : l'auteur définit la masse comme « une universalité juridique de biens et de dettes qui demeurent unis et gérés dans le but de leur liquidation collective, laquelle a lieu dans l'intérêt des titulaires des biens, des créanciers attachés à la masse ou dans l'intérêt de tiers, voire du public ; et qui peut être représentée par un compte simplement autonome de liquidation (p. 118). Cette définition bien large est plus précise que celle proposée par GARY qui n'y voyait qu'un ensemble de biens et de dettes qui se répondent. Sont ajoutés ici plusieurs éléments, notamment les idées d'affectation, d'intérêt et de volonté pour représenter la masse.

⁷⁶⁴ Cf. *supra* (n°111).

⁷⁶⁵ C. KUHN, th. préc., n°46, p. 41.

à considérer la masse comme l'addition des éléments qu'elle contient alors qu'elle sert à atteindre un objectif unique : le désintéressement des créanciers (et indirectement l'amélioration du crédit). Cette fonction commune à toutes les universalités de droit ne constitue pas pour autant une utilité en justifiant l'appropriation pour la simple raison que sa création repose sur une propriété préalable : on ne peut affecter des biens sans en être propriétaire. C'est donc qu'on ne devient pas propriétaire d'une universalité de droit en raison de son « utilité ». L'analyse emporte donc difficilement la conviction.

219. La distinction entre utilité et fonction. – L'universalité de droit sert effectivement un objectif qui lui-même est avantageux pour la personne. En ce sens, elle a toujours une utilité pour l'homme. Mais il ne s'agit pas là d'une des utilités de la chose mais bien de sa fonction. L'utilité implique que la chose considérée ait un usage potentiel qui puisse être mis au service des intérêts de l'homme. La fonction de la chose en revanche s'impose à lui. Il ne peut user de la chose qu'en accord avec sa fonction⁷⁶⁶. Si une chose fonctionnelle est une chose utile, une chose utile n'est pas nécessairement fonctionnelle. La fonction est une utilité qui ne peut être contournée, elle s'impose au propriétaire de la chose et ne peut être détournée⁷⁶⁷. La fonction d'une voiture est de se déplacer d'un point à un autre, si elle peut revêtir d'autres utilités, la chose ne peut pas ne pas servir à ce déplacement sous peine de changer de nature. Or l'universalité de droit a pour fonction d'aménager le droit de poursuite des créanciers, elle ne peut d'ailleurs être créée, par l'homme ou par la loi, qu'à cette fin. Elle n'a donc pas de valeur d'usage mais uniquement une fonction⁷⁶⁸.

220. L'universalité de droit comme valeur d'échange. – Dépourvue de valeur d'usage et ne faisant pas l'objet d'une réservation, l'universalité de droit semble revêtir aux yeux de certains, une valeur d'échange⁷⁶⁹. Il convient donc de vérifier cette affirmation. L'universalité juridique est avant tout une abstraction⁷⁷⁰. Or celle-ci est rendue nécessaire par l'objectif poursuivi à la création (par une volonté légale ou individuelle) de l'ensemble. En

⁷⁶⁶ Par exemple, la montre a pour fonction d'indiquer le temps, si l'homme peut l'utiliser autrement, il ne peut pas empêcher l'objet d'indiquer l'heure.

⁷⁶⁷ Il semble en effet y avoir dans le terme « fonction », l'idée de rôle dans un ensemble déterminé. La notion de fonction se caractérise ainsi par la réunion de trois éléments : elle est inhérente à la chose et résulte de sa nature, elle crée un rapport avec un ensemble plus large auquel la chose fonctionnelle participe et enfin, elle sert une fin particulière. V. *Dictionnaire de la langue française*, Larousse, V° Fonction : « Rôle joué par un élément dans un ensemble, destination d'un appareil ; activité, rôle, destination de quelque chose » ; v. également A. LALANDE, *Dictionnaire philosophique*, PUF 2012, V° Fonction.

⁷⁶⁸ V. la distinction entre valeur d'usage et valeur d'échange : cf. *supra* (n°109).

⁷⁶⁹ En ce sens, C. KUHN, th. préc., n°52, p. 45 ; N. JULLIAN, th. préc., n°67, p. 71-73 et n°243 et s., p. 228 et s.

⁷⁷⁰ Cf. *supra* (n°158 et s.).

effet, il s'agit toujours d'unifier le divers pour atteindre un but. Or la recherche d'unité sert nécessairement un objectif lointain⁷⁷¹. Partant, l'universalité a besoin d'exister sur une période donnée – quoique non quantifiable. Ainsi, le patrimoine dit légal a vocation à durer tant que vit la personne alors que l'universalité fiduciaire issue d'une fiducie-sûreté n'existe que tant qu'existe la créance garantie⁷⁷². De ce constat, il est possible de dire que l'universalité de droit a vocation à évoluer dans le temps. Son contenu, variable par définition, n'offre à l'ensemble qu'une certaine potentialité. Arrivée à son terme, l'universalité n'offre pas forcément de valeur ou, du moins, de valeur positive. Ainsi, l'acceptation pure et simple d'un héritier emporte transmission d'un patrimoine qui peut être déficitaire⁷⁷³. Or bien et dette sont deux objets transmissibles qui pourtant ne partagent pas la même nature, sauf à admettre que la dette est un bien⁷⁷⁴. En revanche, les deux notions partagent ceci de commun qu'elles constituent toutes deux des valeurs, positive ou négative. L'universalité de droit ne peut être vue comme une valeur d'échange ; au mieux, peut-on y voir une valeur potentielle.

221. L'universalité comme valeur potentielle. – Si le bien se réduit à une valeur positive dont le Droit encadre la circulation et si la dette constitue une valeur négative fluctuante dont le Droit règle le paiement, alors l'universalité, qui a vocation à présenter l'une ou l'autre de ces valeurs, est de nature contingente. En cours de vie, l'ensemble abstrait ne représente qu'une valeur potentielle ou latente : les aléas de son fonctionnement ne permettent pas de lui donner une valeur globale fixe. En ce sens, elle est susceptible de présenter ce qu'il est possible d'analyser comme un solde définitif qui sera positif ou négatif. Ainsi l'universalité de droit fait apparaître un bien ou une dette. Admettre l'idée d'une chose dont la nature est évolutive peut paraître surprenante. Elle n'est pourtant pas étrangère au Droit français. Ainsi les bénéfices deviennent-ils dividendes s'ils sont distribués⁷⁷⁵. Ce sont donc des objets qui passent d'une catégorie à une autre sous la condition d'exister d'une part

⁷⁷¹ Sur la permanence de toute affectation : *cf. supra* (n°58-59)

⁷⁷² Art. 2029, C. Civ.

⁷⁷³ Sous réserve de l'exception à l'obligation *ultra vires successioannis* qu'est venu apporter le nouvel alinéa 2 de l'article 786, selon lequel l'héritier « peut demander à être déchargé de tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel ».

⁷⁷⁴ Nous avons vu à ce sujet que la dette n'est pas un bien : *cf. supra* (n°141).

⁷⁷⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER & F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2016, n°955 et s., p. 417 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°124, p. 188-191 ; P. LE CANNU & B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ-Lextenso 2015, n°173 et s., p. 123 et s.

et d'être distribués d'autre part, ce que la Cour de cassation rappelle régulièrement⁷⁷⁶. Qu'est-ce alors qu'un dividende sinon une valeur potentielle ? Et qu'est-ce qu'une valeur potentielle sinon un bien en devenir ? Et c'est bien de cela dont il est question puisque dans le cas de titres sociaux transmis en cours d'exercice, tout est fait, au moment de la distribution des dividendes, comme si ceux-ci n'existaient pas au moment du transfert des titres car leur existence n'était pas encore certaine. Ainsi la Cour de cassation considère-t-elle désormais que les dividendes reviennent à celui qui détient les titres au moment de la distribution⁷⁷⁷ et non, comme elle l'avait fait auparavant, *prorata temporis*⁷⁷⁸. Certains pourraient considérer les dividendes comme de véritables fruits c'est-à-dire comme des choses qui sont issues d'un bien et qui ne s'en détachent, pour les fruits civils, que par décision. L'analyse est séduisante mais elle n'emporte pas pleine conviction. Les dividendes sont des bénéfices transformés ; or il n'existe pas toujours de bénéfices. Leur existence dépend de l'activité de la société et de l'exercice annuel. Il n'y a donc rien de pendant, il n'y a que du potentiel ; c'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de cassation a précisé que « seule la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices sous forme de dividendes confère à ceux-ci l'existence juridique⁷⁷⁹ ». De la même manière, l'universalité est composée de plusieurs biens dont la réunion se fait sur la durée mais également et surtout de façon momentanée. Les différents biens qui composent l'ensemble ne sont envisagés comme un tout qu'à un moment particulier : au moment de la « transmission universelle » ou de la saisie. C'est dire que le reste du temps, l'universalité n'existe que de façon latente. De la sorte, il est difficile d'affirmer que l'universalité de droit représente une valeur d'échange correspondant à un bien juridique.

⁷⁷⁶ Com.23 oct. 1990, Bull. Civ. IV, n°247, n°89-13999, D. 1991, p. 173, note Y. REINHARD ; *RTD Civ.* 1991, p. 361, obs. FR. ZÉNATI ; *JCP E* 1991, II, 127, note. P. SERLOOTEN ; *JCP N* 1991, II, 97, note M. MARTEAU-PETIT ; Com, 5 oct. 1999, *BJS* nov. 1999, n°258, note A. COURET ; *Dr. Sociétés* 1999, n°183, obs. H. HOVASSE ; *R.D. Banc.* 1999, p. 249, obs. M. GERMAIN & M.A. FRISON-ROCHE ; *RJ. Com.* 2000, p. 127, note T. GRANIER ; *D.* 2000, p. 556, note G. MORRIS-BECQUET ; *JCP E* 2000, I, 613, note R. BESNARD-GOUDET ; Com. 5 déc. 2000, n°98-12913, *CCC* 2001, p. 15, obs. L. LEVENEUR ; Civ. 1^e, 17 févr. 2004, n°00-11870 ; Com, 28 nov. 2006, n°04-17486 ; Com, 10 févr. 2009, n°07-21806 ; Com, 18 déc. 2012, n°11-27745 ; Com, 13 sept. 2017, n°16-13674.

⁷⁷⁷ Cass. com., 11 mars 1986 : Bull. Joly 1986, p. 506. - CA Versailles, 23 févr. 1990 : Bull. Joly 1990, p. 553 ; *Juris-Data* n° 000358. - Contra CA Rouen, 27 févr. 1991 : Bull. Joly 1992, p. 791 ; *Juris-Data* nos 000299 et 050712.

⁷⁷⁸ Civ., 21 oct. 1931, *DH.* 1931, p. 553 ; *DP* 1933, p. 100, note P. CORDONNIER ; Civ., 7 juill. 1941, *DH* 1941, p. 370.

⁷⁷⁹ Com, 19 sept. 2006, n°03-19416, *Dr. Soc.* 2006/12, p. 20, comm. 185 J. MONNET ; *Dr. Soc.* 2007/3, p. 15, note H. LÉCUYER ; *Dr. & Patrim.* 2007/161, p. 85, note J.B. SEUBE & TH. REVET. ; *RLDA* 2007/13, comm. A. CERATI-GAUTHIER. Et dans le même sens : Com, 28 nov. 2006, n°04-17486, Bull. Civ. IV, n°435 ; Com. 4 févr. 2014, n° 12-23894

2. *La remise en cause de la propriété des universalités de droit*

222. La propriété comme lien entre l'universalité et l'homme. – Définie comme une relation d'exclusivité entre une personne et une chose, la propriété semble pouvoir être appliquée à l'universalité de droit. Nous avons vu, à travers l'étude du patrimoine, que l'universalité de droit est toujours créée par la loi ou par une volonté individuelle, voire une rencontre de plusieurs volontés, au service d'une personne. Sa fonction de mise en œuvre du droit de gage général permet de voir dans l'ensemble universel une structure mise au service de la personne. Un lien entre la masse et la personne juridique existe donc nécessairement. S'agit-il pour autant d'une propriété ? Une personne est-elle propriétaire de son patrimoine ? Le couple est-il propriétaire de la masse commune ? Les indivisaires sont-ils propriétaires de la masse indivise ? Les héritiers sont-ils propriétaires de la succession ? La réponse à ces interrogations semble dépendre de la définition retenue de la propriété. Entendue comme simple lien entre la personne et une chose, la propriété semble correspondre au lien qui unit la personne à une universalité juridique. Mais ce n'est pas là, la seule caractéristique de la propriété, celle-ci est caractérisée par une idée d'exclusivité résultant d'un processus de réservation.

223. L'appropriation, processus de réservation de l'universalité. – En retenant une définition restreinte de la propriété, comme simple lien entre la personne et la chose⁷⁸⁰, il semble possible de considérer l'universalité comme une chose appropriée⁷⁸¹. Rien ne s'y oppose ; au contraire, tout semble inviter à une telle qualification. Parce que l'ensemble ne peut être qualifié de personne mais qu'il est rattaché à celle-ci par une sorte de titularité, le patrimoine est avant tout un objet car tout ce qui n'est pas personne doit être chose. Mais cette chose est-elle appropriée ? Malgré les différentes théories y afférentes, la propriété se

⁷⁸⁰ Voir la propriété comme un lien juridique entre la personne et sa chose permet de ne pas tomber dans la confusion polysémique des différents emplois de ce terme. Le Droit positif entend la propriété de plusieurs manières : ensemble de prérogatives, droit réel absolu ou simple lien de droit, elle est susceptible de plusieurs interprétations. Toutes ces conceptions de la propriété s'infèrent de l'article 544 du Code civil et de l'analyse qui en a été faite par les auteurs de la doctrine depuis 1804. La simple idée que ces dispositions puissent aboutir à des vues si différentes témoigne de l'indifférence de la règle par rapport à ses fondements ; en ce sens, v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 2007, rééd. 1952 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°119, p. 131 ; W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419 et s. ; du même auteur, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°3 et s., p. 5 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2011, n°5.3 et s. p. 280 et s.

⁷⁸¹ On notera d'ailleurs que l'article 539 du Code civil laisse entendre que le patrimoine successoral est objet d'une appartenance, d'une appropriation : en ce sens, v. R. LIBCHABER, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Bien, n°86 et s.

définit toujours comme un rapport d'exclusivité entre la chose et l'homme⁷⁸² et l'appropriation est alors présentée comme une technique de réservation⁷⁸³. Il est ainsi légitime de se demander si le patrimoine ou l'universalité juridique peut – ou doit – faire l'objet d'une telle réservation. Or, du point de vue des origines de l'appropriation, l'universalité juridique n'a nullement besoin de la réservation car celle-ci implique la menace d'une revendication extérieure alors que l'universalité de droit ne peut être dérobée par autrui. Il est d'ailleurs impossible d'en faire l'acquisition par prescription⁷⁸⁴ ou d'agir à son sujet en revendication⁷⁸⁵. L'hypothèse d'un vol de patrimoine ou de la masse commune est impensable d'abord parce qu'il comprend des dettes et ensuite parce qu'il est rattaché à la personne par une affectation opposable *erga omnes*⁷⁸⁶. Mais précisément, ce rattachement indéfectible de l'ensemble abstrait à la personne semble correspondre à une appartenance qui ne peut être remise en question. Il semble alors exister un lien, une titularité qui ne passe pas par la réservation⁷⁸⁷. On la retrouve d'ailleurs pour les choses qui constituent la personne, tels le corps ou les éléments de la personnalité⁷⁸⁸. C'est donc en ce sens que le patrimoine et, plus généralement l'universalité de droit, peuvent être analysés en des objets de propriété, résultant d'une appartenance de plein droit plutôt que comme le résultat d'un processus de réservation⁷⁸⁹.

224. La propriété comme ensemble de prérogatives. – De manière plus classique et plus traditionnelle, la propriété a longtemps été définie selon ses composantes c'est-à-dire selon les prérogatives qu'elle offre au propriétaire. Quoique remise en question le siècle dernier, cette conception de la propriété permettait d'identifier les choses objets de propriété et, partant, pouvant atteindre la qualification de bien juridique. Aujourd'hui désuète, la propriété comme ensemble de prérogatives devait normalement recouvrir le fameux triptyque

⁷⁸² FR. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981, spéc. n°134 et s., p. 191 et s. ; même auteur, « Pour une rénovation de la propriété juridique », *RTD Civ.* 1993, p. 305 ; FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica* 2007, n°138 et s., p. 143 et s. ; W. DROSS, *ibid.*

⁷⁸³ Cf. *supra* (n°111).

⁷⁸⁴ FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°459, p. 368

⁷⁸⁵ V. *contra*. A.S. FERMANEL DE WINTER, *art. préc.*, p. 446 : l'auteur considère que le patrimoine fait l'objet d'une revendication à travers la pétition d'hérédité. Or celle-ci permet seulement à une personne de prouver sa qualité d'héritier et donc sa vocation à participer aux opérations de liquidation et de partage.

⁷⁸⁶ Cf. *supra* (n°34 et s.).

⁷⁸⁷ Ce lien fait d'ailleurs penser à la définition de la propriété proposée par certains : v. notamm. J. DABIN, *préc.* ; FR. ZÉNATI, *th. préc.* ; W. DROSS, *art. préc.*

⁷⁸⁸ Cf. *supra* (n°128).

⁷⁸⁹ D'ailleurs, la titularité du patrimoine est opposable à tous et cette opposabilité absolue semble fonder la qualification du droit de propriété : v. en ce sens, S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 573 et s. ; FR. DANOS, *préc.*

usus, fructus, abusus. Appliquée à l'universalité de droit, cette définition de la propriété n'est pas satisfaisante. Du seul point de vue de l'*abusus*, on constate déjà que l'universalité de droit ne peut jamais faire l'objet d'un acte de disposition matérielle. Entité abstraite, elle ne peut être détruite. Du côté de la disposition juridique ensuite, il est difficilement concevable d'admettre l'aliénation du patrimoine légal. Il n'est pas plus admis de voir un couple céder la masse commune ou d'admettre que les héritiers puissent céder l'intégralité de la succession sans la liquider au préalable. La structure universelle en elle-même ne semble donc pas répondre aux caractères de la propriété⁷⁹⁰. Un argument textuel vient s'ajouter à cette incompatibilité entre universalité de droit et propriété. L'article 544 du Code civil trouve alors difficilement à s'appliquer à ces masses de biens et de dettes car le titulaire de l'universalité ne peut en disposer que ce soit dans les limites des lois et règlements ou en dehors de ceux-ci. Si certaines universalités semblent, par exception, pouvoir être cédées, ces opérations demeurent limitées et ne s'appliquent pas à toutes les universalités⁷⁹¹.

225. L'universalité de droit n'est pas objet de propriété. – Envisagée dans son sens traditionnel ou dans une acception plus moderne, la propriété constitue le lien de droit exclusif entre une chose et l'homme. Mais la propriété emporte des conséquences quant au régime applicable à l'objet de propriété : l'article 544 permettant au propriétaire d'avoir les pouvoirs les plus étendus sur la chose dans la limite des lois et des règlements, force est de voir que l'universalité de droit n'est pas objet de propriété. Les pouvoirs qu'une personne détient sur l'universalité de droit ne sont pas ceux d'un propriétaire. La qualification de bien juridique, du point de vue de la propriété comme de la valeur, doit donc être rejetée. Certains auteurs retiennent néanmoins cette qualification en la fondant sur le caractère transmissible de l'universalité.

B. La question de la transmissibilité des universalités de droit

226. L'insuffisance de l'idée d'enveloppe. – L'universalité de droit est souvent présentée comme une enveloppe, une bourse ou un contenant⁷⁹². C'est d'ailleurs ainsi que le

⁷⁹⁰ Ce constat soulève néanmoins la question d'une distinction entre propriété comme moyen de réservation et propriété comme lien d'exclusivité absolue.

⁷⁹¹ Nous verrons d'ailleurs que ce n'est jamais l'universalité même qui est cédée mais ses composants : *cf. infra* (n°504 et s.)

⁷⁹² M.C. AUBRY, th. préc., n°28, p. 39-40 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I 2017, n°59 et s., p. 62 et s. ; J. GHESTIN & G. GOUBEUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1982, n°197, p. 151 : les auteurs vont ici jusqu'à présenter le patrimoine comme l'addition des valeurs détenues par une personne.

patrimoine est généralement défini dans les manuels. Une analyse plus récente, proposée par Mme KUHN et Mme DENIZOT consiste à voir dans l'universalité de droit une structure d'accueil⁷⁹³. La première propose de revenir sur les erreurs terminologiques de la doctrine pour distinguer la notion d'ensemble de la notion de structure : l'ensemble est la réunion d'objets quand la structure est un contenant qui peut exister, même vide. Cette idée repose sur l'argument selon lequel, toute universalité – de fait ou de droit – est créée *ex nihilo* et est donc douée d'une autonomie dès l'origine et avant même toute opération d'intégration. C'est là en réalité redonner à la notion d'universalité un aspect axiologique là où nous avons vu que la notion est fonctionnelle⁷⁹⁴. L'universalité est créée par une opération d'affectation ce qui implique d'avoir quelque chose à affecter. Il faut en conclure que le patrimoine et, plus généralement, l'universalité de droit est bel et bien une enveloppe ou une structure d'accueil mais elle ne peut être créée à partir de rien. Le patrimoine légal, créé de plein droit par le seul effet de la naissance d'une personne juridique n'y déroge d'ailleurs pas. Il s'agit simplement pour le législateur d'anticiper l'acquisition, par la personne en question, de biens⁷⁹⁵. L'intention d'affecter ne suffit pas. Mais le résultat de cette affectation, la masse ainsi créée par la volonté est-elle un bien transmissible ?

227. La « transmission » du patrimoine entre vifs. – Dépourvue de valeur d'usage propre ou de valeur d'échange⁷⁹⁶, l'universalité de droit serait pourtant un bien car elle serait accessible à l'échange⁷⁹⁷. Partant, il importe peu qu'au cours de son fonctionnement l'ensemble universel ne reçoive pas de valeur économique, tant que cette valeur existe au moment de sa transmission. En ce sens, le Droit semble autoriser désormais la cession de certains patrimoines. C'est le cas notamment du patrimoine professionnel de l'EIRL : l'article L.526-17 prévoit en effet que l'entrepreneur individuel peut céder, de son vivant, l'intégralité de son « patrimoine affecté » sans liquidation. Ce « patrimoine » est donc, en

⁷⁹³ C. KUHN, th. préc., n°27 et s., p. 26 et s. ; A. DENIZOT, th. préc., n°163 et s., p. 94 et s.

⁷⁹⁴ Cf. *supra* (n°26 et s.).

⁷⁹⁵ En ce sens, l'actif du patrimoine est aujourd'hui présenté comme « l'ensemble de biens affectés à l'activité d'une personne » et le « patrimoine est donc normalement unique et se trouve apte à comprendre tous les biens présents et à venir dont une personne quelconque est ou deviendra le légitime titulaire » : A. SÉRIAUX, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Patrimoine, n°36-37. C'est également en ce sens qu'on peut comprendre l'affirmation de GARY lorsqu'il écrit « l'universalité de droit est d'abord une universalité de fait » : R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Sirey 1932, p. 327. De la même manière, Madame ROCHFELD écrit-elle : « dans la définition, on inclut également dans le patrimoine les biens virtuels, ceux que la personne est appelée à détenir un jour. » : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.3, p. 355.

⁷⁹⁶ Cf. *supra* (n°157).

⁷⁹⁷ C. KUHN, *op. cit.*, n°70 et s., p. 58 et s. ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. Paris, 1903, p. 46 et s. ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°573, p. 422 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I, n°63 et s., p. 69 et s. et n°167 et s., p. 164 et s. ; R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°23, p. 22 ; L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, Litec 2006, p. 447 et s. et surtout n°778 et s.

principe, une chose accessible à l'échange, d'autant que l'article prend soin de préciser que cette cession peut être faite à titre onéreux ou gratuit. Cet argument textuel incite à retenir la qualification de bien juridique. Toutefois, les autres manifestations de l'universalité de droit répugnent à une telle circulation. Le patrimoine de droit civil ou patrimoine légal, porté par la théorie de l'unicité, n'est censé être transmissible qu'à cause de mort⁷⁹⁸. Le Code civil demeure certes silencieux à ce sujet mais la doctrine semble ici unanime : le patrimoine est incessible du vivant de celui qui est à sa tête⁷⁹⁹. De la même manière, le législateur ne prévoit pas la possibilité de céder une universalité fiduciaire. Tout au plus, admet-il le transfert de son contenu : les articles 2011 et 2030 laissent entendre qu'à l'issue de la fiducie, ce sont les biens, droits et sûretés qui sont transférés d'une masse à une autre et non l'universalité même. Les universalités de droit dotées d'une autonomie incomplète ou asymétrique ne sont pas plus cessibles. Elles ne semblent d'ailleurs l'être, ni entre vifs, ni pour cause de décès. L'indivision comme la masse commune sont destinées à une liquidation, à un partage et ne font jamais l'objet, en tant que masse, en tant qu'ensemble formant un tout, d'une transmission.

228. Position du problème et alternatives. – L'impossibilité d'aliéner certaines universalités, mise aux côtés de la cessibilité de certaines autres, pose problème dans la recherche d'une unité, tant dans la notion que dans le régime de l'universalité de droit. Comment résoudre cette difficulté ? Deux solutions alternatives se présentent logiquement : l'une consiste à remettre en cause la transmission même du patrimoine d'affectation ; dans ce cas, l'universalité ne serait pas un bien mais une simple structure corrélant des éléments actif et passif. La masse universelle ne serait alors pas transmissible et seuls ses composants le seraient (2). L'autre solution consiste cette fois à admettre la transmission du patrimoine. La cohérence de toute transmission universelle trouverait alors son fondement dans la

⁷⁹⁸ En ce sens, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Droit civil – Les biens*, PUF 2008, n°134, p. 205 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°19, p. 25 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°13, p. 24 ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens, les obligations*, PUF 2004, n°664, p. 1517 et n°724, p. 1625 ; M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis 2017, n°24, p. 17. V. également : H. GAZIN, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1910 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris 1, 2003 ; FR. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, LGDJ 1957 ; Cl. WITZ, *La fiducie en droit privé*, LGDJ 1981 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris 13, 2010.

⁷⁹⁹ En ce sens, J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1990, n°200, p. 158 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008, n°210 et s. 92 et s. ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I 2017, spéc. n°116 et s., p. 121 et s.

subordination de cette transmission à la réalisation d'une opération comptable préalable⁸⁰⁰. L'universalité de droit se présenterait alors comme un bien dont la transmission implique une évaluation⁸⁰¹. Dans le cadre de la recherche de la nature juridique de l'universalité, la première alternative revient à rejeter la qualification de bien juridique quand la seconde l'accepte (1).

1. Les théories de la cessibilité du patrimoine

229. Les fondements de la cessibilité du patrimoine légal. – Par principe, le patrimoine légal semble exclu de toute cession entre vifs. Selon la théorie du patrimoine sur laquelle elle se fonde, l'idée consiste à justifier cette incessibilité par le lien établi entre patrimoine et personne dans la théorie subjective et par l'impossibilité de détacher l'affectation à l'intérêt d'une personne dans la théorie objective. La première hypothèse n'appelle pas de développements supplémentaires dès lors que nous avons vu que le patrimoine et la personne ne peuvent être confondus⁸⁰². Les théories objectives passent en revanche par un artifice subtil pour faire revenir dans le champ de cette question, la personnalité juridique. En effet et comme l'écrit justement la Professeure JULLIAN, « le patrimoine général ne peut être détaché de la personne de son vivant car son intérêt fédérateur le lie de manière permanente à la personne de son propriétaire⁸⁰³ ». Cette position permet de justifier la cessibilité de certains patrimoines et l'incessibilité du patrimoine légal. Il faut noter que ce raisonnement vaut d'ailleurs tant pour les patrimoines que pour les universalités juridiques dont la corrélation actif et passif est incomplète. La masse commune est fédérée autour de l'intérêt du couple, lequel est unique puisqu'aucun couple ne vaut un autre.

⁸⁰⁰ Certains auteurs proposent néanmoins de voir une troisième alternative consistant à voir dans le patrimoine d'affectation ou dans le « patrimoine spécifique », un objet cessible, le patrimoine légal (ou patrimoine général) étant le seul qui, par principe est incessible. En ce sens, V. THOMAS, « EIRL : transmission entre vifs du patrimoine affectés », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 673 ; et plus récemment : N. JULLIAN, *La cession de patrimoines*, Dalloz 2018. Dans la recherche d'une unité de la notion d'universalité de droit, il semble incohérent d'accepter cette alternative. D'ailleurs Madame JULLIAN écrit que « le patrimoine général et le patrimoine spécifique sont tous deux des déclinaisons de la même notion, celle de patrimoine ». Il est donc curieux de soumettre à des régimes différents, deux applications d'une même notion.

⁸⁰¹ Nous verrons d'ailleurs que ce type de bien n'est pas étranger au droit : cf. *infra* (n°488-490).

⁸⁰² Cf. *supra* (n°38)

⁸⁰³ N. JULLIAN, *op. cit.*, n°160, p. 156. L'idée n'est pas nouvelle et d'autres l'avaient suggéré avant : v. ainsi F.H. SPETH, th. préc., n°154, p. 142-143. Un autre auteur a suggéré de fonder l'incessibilité du patrimoine en raison de sa nature. Le Professeur RAFFRAY écrit ainsi que « la disparition de l'intérêt de la personne ne met pas fin, puisqu'il n'en constitue pas le fondement exclusif, à cette relation entre l'actif et le passif. Le maintien de ce lien entre l'actif et le passif, combiné avec le détachement d'avec son titulaire, vient en revanche modifier la nature juridique du patrimoine. Il accède alors à la qualification d'universalité de droit, bien unique rassemblant en son sein l'ensemble des droits de son titulaire. » (nous soulignons) : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°21, p. 21.

L'impossibilité de poursuivre cet intérêt par d'autres personnes que le couple empêche donc sa transmission. De la même manière, l'indivision ne peut être transmise dans son ensemble sous peine de contrarier l'intérêt commun des indivisaires⁸⁰⁴. En ce sens, on pourrait être conduit ici à qualifier l'universalité de droit de bien juridique dont la transmission implique la réunion de deux conditions : d'une part, la cessation de l'activité permettant l'évaluation du de l'universalité de droit, faisant apparaître un bien⁸⁰⁵ et, d'autre part, le maintien de l'affectation du bien à l'intérêt qui le fédère. Cela reviendrait, en d'autres termes, à imposer la poursuite de l'intérêt fédérateur, à l'ayant-droit à qui l'universalité est transmise.

230. Affectation et intérêt : obstacle à la cessibilité du patrimoine. – La subordination de la cession d'une universalité de droit à la réunion de conditions cumulatives soulève de nombreuses questions. La première concerne la propriété de l'universalité juridique ; la seconde consiste à s'interroger sur la sanction de l'acte passé en violation de ce principe. Avant de s'y intéresser, on notera que les auteurs de la théorie objective, font *in fine*, de la cessibilité du patrimoine un principe et de l'incessibilité du patrimoine légal, une exception. Or l'universalité de droit se confond d'abord avec le patrimoine légal. Il est donc curieux que la première application de l'universalité juridique soit soustraite des principes gouvernant son régime. Il est de la même manière surprenant qu'une personne puisse être propriétaire d'un bien qui n'a qu'une existence éventuelle. Nous l'avons vu, le solde que fait apparaître la liquidation d'une universalité n'est pas toujours positif de sorte que seules des dettes seront transmises ou éteintes⁸⁰⁶. Il faut enfin remarquer qu'en appliquant cette théorie objective du patrimoine, la cession d'universalité de droit qui ne respecterait pas le maintien de l'affectation ne peut trouver de sanctions valables et satisfaisantes en pratique. La nullité n'aurait pas de sens puisqu'entre le moment de la cession et le moment de son annulation, le nouveau titulaire de l'ensemble universel aura potentiellement contracté de nouvelles dettes garanties par la nouvelle universalité. Frapper la cession de celle-ci de nullité risquerait alors

⁸⁰⁴ On pourrait être amené à considérer la cession unanime d'un bien indivis comme la cession d'une universalité de droit. Mais d'une part, cette opération n'emporte pas cession des dettes corrélées au(x) bien(s) indivis. D'autre part, une telle opération n'est en réalité rien d'autres que la cession simultanée de toutes les quotes-parts des indivisaires : cela ne remet pas en cause l'universalité car chacun obtient, en contrepartie, le montant de sa quote-part. C'est donc une subrogation volontaire et l'indivision survit à l'opération si elle contient d'autres biens. Ainsi, les indivisaires d'une succession comprenant plusieurs biens peuvent décider, ensemble, de vendre un des biens qui la composent ; la succession demeurera pourtant après la vente et la quote-part de chacun sur le bien vendu sera remplacée par un prix versé à chacun. Le raisonnement vaut également lorsque l'indivision ne comprend qu'un seul bien mais cette fois, la décision unanime de vendre correspond à une volonté de partager l'universalité. Comment désigner autrement l'opération par laquelle chacun des indivisaires obtient un équivalent monétaire du bien transmis ? Ne s'agit-il pas ici d'un partage amiable ?

⁸⁰⁵ En ce sens, v. notamm. R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°62 et s., p. 61 et s.

⁸⁰⁶ Cf. *supra* (n°157).

d'entraîner l'annulation en cascade de toutes les opérations postérieures. De la même manière, l'inopposabilité n'aurait ici pas de sens. Cette sanction particulière étant toujours personnelle à celui qui agit⁸⁰⁷, l'inopposabilité de la cession de patrimoine reviendrait à considérer qu'il existe simultanément deux titulaires d'un même patrimoine⁸⁰⁸.

231. L'impossible transmission de l'intérêt fédérateur⁸⁰⁹. – Dire que certains patrimoines d'affectation sont cessibles parce que l'intérêt qui les fédère peut être poursuivi par un autre est artificiel. Ces théories invitent à se demander si l'intérêt peut être cédé. Il semble difficile de l'admettre car l'intérêt semble constituer la « cause finale » de toute opération, de tout droit, de tout rapport juridique (entre personnes ou entre une personne et une chose). Et dans ce cas, l'intérêt n'est-il pas intimement lié à la personne⁸¹⁰ ? Certains auteurs considèrent en effet que lorsqu'un patrimoine est cédé, en tout ou en partie, c'est en raison de la cession de l'intérêt. En d'autres termes, l'universalité change de titulaire car l'intérêt qui la fédère passe d'une personne à une autre. Mais l'intérêt qui est à l'origine d'une universalité semble rattaché à la personne, de sorte que celui-ci ne peut être transmis⁸¹¹. On s'en rend bien compte avec les cessions de branche d'activité. La cause, entendue comme l'intérêt à l'opération, du cessionnaire préexiste à l'opération de cession⁸¹². Il en va d'ailleurs de même dans toutes les hypothèses de « transmission universelle », pour la cession de

⁸⁰⁷ L'inopposabilité ne concerne, par définition qu'une ou plusieurs personne(s) déterminée(s) : Le vocabulaire juridique le définit ainsi : « inefficience d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2013, V° Inopposabilité. Un acte inopposable à tous est donc un acte inexistant pour tous, un acte annulé.

⁸⁰⁸ En dehors des hypothèses de personne morale dont nous verrons ensuite l'utilité, un patrimoine ne peut appartenir qu'à une seule personne : cf. *infra* (n°282 et s.).

⁸⁰⁹ Cf. *infra* (n°524 et s.)

⁸¹⁰ L'intérêt, entendu comme la cause finale de toute action, se présente ainsi comme les motifs qui poussent une personne à agir. On aurait pu partir sur le terrain de la cause pour distinguer l'intérêt immédiat de l'intérêt lointain, le premier correspondant à la cause contrepartie, le second à la cause finale. Mais force est de voir que l'intérêt immédiat d'une personne à telle ou telle opération est celui de son statut. L'intérêt est objectivé car il est considéré identique pour toute personne se trouvant dans une situation identique. Par exemple, l'intérêt d'un contractant n'est pas celui de la personne même mais celui que cette personne trouve dans la position de contractant. C'est pour cette raison que cet intérêt peut se retrouver chez deux personnes différentes. C'est d'ailleurs ce qui justifie la cession de contrat, plus opportunément appelé la cession de position contractuelle : v. L. AYNÈS, *La cession de contrat*, éd. Economica 1987.

⁸¹¹ En ce sens, JHERING écrit au sujet de l'intérêt que « la volonté peut, à la rigueur, être dévolue à un tiers, elle peut être paralysée ; l'utilité réelle (l'intérêt) ne peut se remettre à un tiers sans que le droit lui-même soit atteint », nous soulignons : R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. DE MEULENAERE, Paris 1886-1888, n°70, p. 327.

⁸¹² La personnalité juridique se présente alors comme une condition de la transmission universelle du patrimoine : en ce sens, J.M. MOULIN, *Répert. Dalloz Sociétés*, V° Fusion, scission et apport partiel d'actif, n°185

l'universalité professionnelle d'un EIRL⁸¹³, pour la cession de contrat⁸¹⁴. Et ce n'est d'ailleurs pas l'intérêt de la personne titulaire de l'universalité qui est maintenu après cession mais simplement le droit de gage général des créanciers qui pouvait agir sur ladite universalité. L'insertion de l'article 786, al. 2 du Code civil en est la meilleure illustration. Ce dernier dispose que l'héritier « peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine ». Son intérêt l'emporte alors sur celui du défunt qu'il devait « continuer ». Ainsi, un auteur écrit très justement que « la combinaison de la disparition du lien entre la personne et son patrimoine – l'intérêt à la personne – et du maintien de celui qui fédère l'universalité – le droit de gage des créanciers – suffit à admettre la possibilité d'une transmission universelle⁸¹⁵ ».

232. Utilité théorique d'une incessibilité de l'universalité de droit. – Analyser l'universalité de droit comme une chose incessible permet d'abord d'adopter une conception globale et cohérente de la notion d'universalité juridique. Il est en effet curieux d'admettre la cession de certaines universalités et pas d'autres. Par ailleurs, la notion est soumise, nous le verrons, à un régime commun quoique celui-ci fasse l'objet de quelques adaptations selon l'intérêt poursuivi et selon les personnes titulaires de l'universalité. Un tronc commun de règles semble pourtant applicable à toutes les universalités de droit, ce qui implique effectivement que celles-ci reçoivent la même qualification et partagent donc la même nature juridique. C'est donc pour favoriser une lecture d'ensemble plus cohérente et plus logique de la notion d'universalité de droit qu'il faut conclure à son incessibilité.

233. Utilité pratique d'une incessibilité de l'universalité de droit. – Au-delà des intérêts théoriques de cette thèse, il semble également nécessaire de rejeter la cessibilité de certaines universalités dans la mesure où le Droit français ne reconnaît pas la cession des dettes. Malgré l'insertion, dans le Code civil, d'une opération en portant le nom, la dette n'est

⁸¹³ Cette idée se déduit de l'alinéa 2, du II de l'article L.526-17 qui prévoit que la cession ou l'apport fait au profit d'une personne morale emporte transfert du contenu du patrimoine affecté de l'EIRL sans le maintien de l'affectation. En ce sens, l'intérêt de la personne morale cessionnaire (ou bénéficiaire de l'apport) supplante, l'intérêt qui fédérait le patrimoine affecté.

⁸¹⁴ L'idée se déduit du nouvel article 1216-1 du Code civil. En effet, si la cession de l'intérêt permettait de justifier la cession du contrat, le cédant serait automatiquement libéré et le cessionnaire viendrait se substituer à lui. S'il demeure tenu, qui plus est solidairement, c'est que les intérêts respectifs du cédant et du cessionnaire existent dans un même temps.

⁸¹⁵ R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°19, p. 20.

pas un objet cessible mais un lien entre un créancier et un débiteur. C'est à la substitution de ce dernier par un nouveau débiteur que parvient la nouvelle cession de dette, à l'image d'ailleurs de la délégation mais celle-ci est alors parfaite⁸¹⁶. Enfin et surtout, l'universalité de droit doit être envisagée comme une chose incessible dans la mesure où elle ne vise que la reprise des dettes par celui qui fait l'acquisition de l'actif contenu dans l'universalité. Les « transmissions universelles » que connaît le Droit français, surtout le droit des sociétés, renvoient à l'idée d'une transmission du contenu sans liquidation : en d'autres termes, il s'agit toujours de justifier la cession du passif patrimonial. Or celle-ci peut être justifiée autrement que par l'idée d'une transmission de la structure universelle, de sorte qu'on peut voir, dans toute transmission universelle, la cession du contenu et non du contenant.

2. *L'incessibilité de l'universalité de droit*

234. La distinction du contenu et du contenant. – Nous avons vu que toute universalité se caractérise par la distinction abstraite du contenant et du contenu⁸¹⁷. Il s'agit d'ailleurs ici de se demander quelle est la nature de l'ensemble pris indépendamment de ses composants. Or le choix opéré par le législateur de voir dans la « cession » de l'universalité professionnelle affectée de l'EIRL une cession de patrimoine peut paraître discutable. L'article L.526-17, I du Code de commerce précise que le transfert du patrimoine affecté se fait sans liquidation⁸¹⁸. Néanmoins, le III du même article précise que la déclaration du cédant, qui doit être déposée à un registre et publiée, doit être accompagnée « d'un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés composant » ledit patrimoine. Or, communément à tout transfert de patrimoine, entre vifs ou pour cause de décès, l'universalité doit donc faire l'objet d'un inventaire, à défaut d'une liquidation, avant d'être transmise. C'est que l'ensemble des auteurs qui se sont penchés sur la question voient dans l'universalité, une enveloppe sur laquelle il est autorisé de faire des opérations⁸¹⁹ : elle est envisagée comme un ensemble. Or nous avons vu que l'universalité de droit a pour fonction,

⁸¹⁶ V. en ce sens, O. DESHAYES, Y.M. LAITHIER & TH. GÉNICON, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, LexisNexis 2016, p. 657.

⁸¹⁷ Cf. *supra* (n°161)

⁸¹⁸ Des auteurs rejettent d'ailleurs la qualification de vente pour l'opération de cession de ce patrimoine, laquelle constituerait donc une opération *sui generis* : v. notamment S. LACROIX-DE-SOUSA, « La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel », *D.* 2012, p. 620.

⁸¹⁹ En ce sens, M.P. DUPONT-LEGRAND, « La cession à titre onéreux du patrimoine affecté », *BJED* 2011, p. 85 ; V. LEGRAND « EIRL : vers une simplification », *LPA* 13 mai 2013 ; V. THOMAS, « ERIL : transmission entre vifs du patrimoine affectés », *Rev. Sociétés.* 2013, p. 673. *Contra.* v. R. MORTIER, « Les mutations de l'EIRL », *Dr. & Patrim.* 2011, n°02, p. 72 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°173 et s., p. 168 et s.

la responsabilisation c'est-à-dire la garantie de dettes par des biens. Jusqu'à récemment, le patrimoine n'a jamais été envisagé comme l'objet d'un acte juridique par son titulaire. La seule opération « externe » qui touche l'universalité dans son ensemble est sa transmission. Cette opération ne visant que le transfert des biens et des dettes, et surtout l'affectation des premiers aux secondes, il est possible de considérer que ce sont les éléments contenus dans le patrimoine, et non le patrimoine même, qui sont transmis⁸²⁰.

235. La transmission des éléments contenus. – La transmission d'un patrimoine, entre vifs ou pour cause de mort, peut s'analyser en un simple transfert concomitant, voire successif, des biens et des dettes. Partant de l'analyse des deux cessions actuellement encadrées par le Droit, il semblerait opportun de voir que ce n'est pas la structure patrimoniale même qui est transmise mais seulement ses composants. En définitive, l'état descriptif imposé par l'article L.526-17, III ne revient-il pas à l'identification de chacun des biens et de chacune des dettes qui composent ce patrimoine affecté ? Et n'est-ce pas alors un raccourci emprunté par le législateur de désigner le transfert de plusieurs biens et de plusieurs dettes comme la transmission du patrimoine⁸²¹ ? De même pour le droit des successions, la transmission du patrimoine du *de cuius* à ses héritiers ne correspond-elle pas à un simple transfert des biens et des dettes ? Le Code civil n'envisage que le transfert des éléments contenus : l'article 785 qui impose à l'héritier, acceptant purement et simplement la succession, la charge définitive de toutes les dettes du défunt serait redondant si le patrimoine était véritablement transmis. La liquidation ici envisagée se distingue donc des opérations de partage qui ne vise qu'un transfert de biens sans les dettes qui auront été réglées au préalable. Madame THOMAT-RAYNAUD analyse d'ailleurs la cession de patrimoine comme le transfert du seul élément fédérateur, la loi organisant par la suite, le transfert à titre d'accessoire, des biens et des dettes. À aucun moment, le patrimoine n'est donc envisagé comme un tout transmissible⁸²².

236. La définition de la technique de transmission universelle. – Plusieurs auteurs se sont récemment intéressés aux transmissions universelles du patrimoine en retenant que l'universalité a pour intérêt de permettre la cession des biens contenus dans le patrimoine

⁸²⁰ Dans le même sens : M.P. DUPONT-LEGRAND, *ibid.* ; V. THOMAS, *ibid.*

⁸²¹ Un auteur l'avait d'ailleurs déjà compris dans les institutions qui se rapprochaient, à l'époque, de la cession entre vifs d'un patrimoine : F. H. SPETH, th. préc, n°155, p. 144 et s.

⁸²² A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n° 934 et s., p. 428 et s.

sans avoir à en faire l'inventaire⁸²³. À l'appui de cette idée, le Professeur RAFFRAY cite la jurisprudence selon laquelle « la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit dès lors que le bien, droit et obligation se rattachent à la branche d'activité apportée, même sur les biens, droits et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figureraient pas dans le traité d'apport⁸²⁴ ». Mais ce principe ne vaut que dans la mesure d'une affectation des biens et des dettes à la poursuite de l'activité. C'est ainsi l'affectation du bien qui suit le bien et qui s'impose à l'ayant-cause universel ou à titre universel⁸²⁵. Force est néanmoins de voir qu'en théorie, l'ayant-cause en question est censé avoir connaissance de la composition de l'universalité qu'il récupère⁸²⁶. Fonder la logique de la transmission universelle du patrimoine sur cette idée selon laquelle l'ayant-cause ne sait pas ce qu'il va recevoir revient donc à inverser le principe et l'exception. En d'autres termes, si la transmission universelle permet de déjouer le principe de spécialité qui entoure tout transfert de propriété *inter vivos*, il ne permet pas de déjouer le principe de détermination⁸²⁷.

237. Cohérence avec la « cession partielle d'un patrimoine ». – Cette lecture des opérations portant sur le patrimoine fait de la « transmission universelle du patrimoine » du Code de commerce une cession des éléments contenus ou, plus exactement, la cession des biens assortie d'une obligation de régler les dettes qui les accompagnent⁸²⁸ en raison du

⁸²³ R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°86, p. 78-80 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°138 et s., p. 138 et s. Dans le même sens déjà, O. DESHAYES, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Ayant Cause, n°105 et s.

⁸²⁴ Com, 24 févr. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 649, note. P. LE CANNU ; D. 2004, somm. 2929, obs. J.C. HALLOUIN ; JCP E 2004. 1774, note A. VIANDIER. Dans le même sens, Com. 10 juill. 2007, no 05-14.358, *Bull. Joly* 2007. no 321, obs. A. COURET ; Com. 5 mars 1991, n°88-19.629, *Bull. civ. IV*, n°100, *Bull. Joly* 1991. 500, note M. JEANTIN, D. 1991. 441, note J. HONORAT, *Rev. sociétés* 1991. 545, note C. BOLZE.

⁸²⁵ C'est d'ailleurs là tout l'objet de la transmission universelle : celle-ci vise le maintien de la double affectation entre les biens et les dettes d'une part et entre l'universalité et le but poursuivi d'autre part : *cf. infra* (n°544 et s.)

⁸²⁶ Ainsi l'article R.236-1, C. Com, prévoit-il une évaluation de l'actif et du passif de la société absorbée pour les opérations de fusion, de scission (art. L.236-6, C. Com) ou d'apport partiel d'actif.

⁸²⁷ Deux auteurs soutiennent ainsi que « si le principe de spécialité ne s'applique pas en tant qu'il commande que chaque transfert obéisse aux règles propres à son objet, le principe de détermination, lui, s'applique toujours : en effet, en matière d'EIRL comme en matière de fusion (dans le projet de fusion : art. R. 236-1, C. Com), de scission ou d'apport partiel d'actif, les éléments du patrimoine devront être énumérés afin que chaque partie sache ce qu'elle cède ou ce qu'elle accepte de recevoir en propriété. Le droit se refuse ainsi à appréhender le contenant indépendamment du contenu. Partant, la transmission universelle de patrimoine ne transfère pas un patrimoine, lequel apparaît réticent à toute réification, mais les éléments qui y sont contenus, de façon simplifiée en raison de leur situation au sein d'une masse finalisée. » : J. DUBARRY & J.W. FLUME, « Patrimoine + publicité = responsabilité limitée. Une démystification de l'EIRL », *RLDC* 2011.85.

⁸²⁸ Ainsi CAZELLES écrivait-il que « les dettes sont à la charge de celui qui recueille l'ensemble des biens. Les dettes portent sur l'actif du patrimoine. Elles suivent leur gage ou, mieux, leur objet. Si l'on a voulu y voir autre chose, c'est en raison de l'acquiescement des charges, mais, au fond, il n'y a pas de biens sans que les dettes qu'ils garantissent soient satisfaites... Chaque parcelle de la fortune d'un homme, en effet, répond proportionnellement des dettes qui grèvent cette fortune. » : P. CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, th. Paris, 1905, p. 383.

caractère universel de l'opération⁸²⁹. On en voit d'ailleurs la cohérence avec les cessions partielles de patrimoine. En cas de pluralité d'héritiers, chacun n'est tenu qu'à hauteur de sa part ; en cas de cession de branche d'activité, seules les dettes liées à cette activité sont transférées et pas les autres ; en cas de clause d'attribution inégale ou intégrale de la communauté, les dettes qui sont transférées avec les biens sont proportionnelles à la part d'actif récupérée. Dans toutes ces hypothèses, ce sont bien les éléments contenus qui sont cédés puisqu'existe une proportionnalité entre l'actif cédé et le passif transmis. C'est donc bien que l'universalité n'est jamais cédée dans son ensemble, comme un contenant. Il faut alors voir que dans les hypothèses de transmission universelle de tous les éléments contenus, l'obligation qui accompagne la cession de l'actif, impose au nouveau propriétaire des biens, de les réaffecter à la garantie de certaines dettes⁸³⁰. En d'autres termes, l'universalité disparaît chez le cédant pour réapparaître chez le cessionnaire. Il est possible d'en déduire que l'universalité de droit est rattachée à une ou plusieurs personne(s), de sorte qu'elle ne peut exister indépendamment de celle-ci.

238. Conséquences sur la notion d'universalité de droit. – C'est le lien entre phase réelle de l'obligation et affectation des biens aux dettes qui semble justifier la transmission universelle du patrimoine. Il semble en effet exister un aspect réel dans toute obligation depuis que le droit français permet la garantie générale de toute dette par les biens d'une personne. Ainsi le doyen TOULLIER écrivait-il que « les obligations qui, dans l'état de nature, s'éteignaient avec la personne du débiteur, acquièrent un caractère de *réalité* qui les attache aux choses ou aux biens, lesquels, à la mort du propriétaire, ne peuvent plus passer qu'avec leurs charges, à la personne du successeur que la loi désigne ou le défunt a choisi.⁸³¹ ». En ce sens, toutes les obligations ont un aspect réel, en ce qu'elles ont toutes vocation à être garanties par des biens. Le Professeur DANOS écrit en ce sens que « le caractère *intuitu rei* des droits personnels va se traduire par l'utilité qu'ils présentent pour la pleine jouissance du bien auquel ils se rattachent, c'est-à-dire pour le plein exercice du droit de propriété ayant pour objet ce bien.⁸³² ». On pourrait, en d'autres termes, penser que le fait, pour l'ayant-cause, d'être tenu aux obligations d'une universalité, est une condition pour pouvoir jouir

⁸²⁹ Cf. *infra* (n°528 et s.) ; v. également O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, LGDJ 2004, spéc. n°241 et s., p. ; C. KUHN, *th. préc.*, n°390 et s., p. 287 et s. ; FR. DANOS, « La transmission des droits et dettes *propter rem* », in *Journées France-Louvain* 2016.

⁸³⁰ Le maintien de l'affectation étant finalement la condition essentielle de toute transmission universelle : cf. *infra* (n°540-541).

⁸³¹ C.M.B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, vol. 6, Gallica, p. 437.

⁸³² FR. DANOS, *ibid.*

pleinement des biens qui en garantissent l'exécution⁸³³. Si la notion d'obligation *propter rem*, effectivement fondée sur l'affectation des biens⁸³⁴, doit être rejetée⁸³⁵, il faut néanmoins retenir que c'est bel et bien l'affectation qui est au fondement de la transmission corrélatrice du passif et de l'actif⁸³⁶.

239. Intransmissibilité de l'universalité de droit. – Admettre que l'universalité juridique constitue un objet plutôt qu'un sujet suggère de le considérer comme un bien. Structure fonctionnelle, l'universalité de droit est pourtant un outil au service du gage général des créanciers. C'est, en d'autres termes, un moyen au service d'une fin, l'instrument de l'affectation de biens à la garantie de dettes. En tant que tel, l'universalité n'est pas une chose cessible, ce n'est pas un objet d'échange, ce n'est donc pas un bien patrimonial⁸³⁷. On peut en conclure que, d'une part, la transmission du patrimoine n'a pas pour objet, la structure même de l'universalité mais permet simplement d'expliquer que l'ayant-cause soit tenu, en faisant l'acquisition des éléments d'actif, au passif corrélatif. D'autre part, nous avons vu que certaines choses, aux côtés des biens juridiques, sont objets de propriété car elles ne sont pas non plus complètement ignorées du Droit. C'est le cas notamment des choses hors-commerce. Cette particularité qui réside dans le régime spécifique attaché à la circulation des ensembles universels – lorsqu'elle est admise – ne va pas sans rappeler une catégorie de choses déjà rencontrée dans cette étude : celle des biens extrapatrimoniaux. Cette analyse est utile au regard de l'unité recherchée dans la notion et dans le régime de l'universalité

⁸³³ Cf. *infra* (n°521 et s.).

⁸³⁴ Les auteurs qui s'y sont intéressés ont tenté de fonder l'obligation *propter rem* sur la théorie de l'accessoire (v. R. RODIÈRE, note sous CA Aix, 5 octobre 1954, JCP 1955, II, 8548 ; CH. AUBRY & CH. RAU, *Cour de droit civil français*, t. 2, §176, p. 70 ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM 2002 ; O. DESHAYES, *op. cit.* n°366 et s., p. 412 et s.). Néanmoins, celle-ci est insuffisante car au fondement de ce lien d'accessoire entre une obligation et des biens, se trouve ceux-ci à celle-là : en ce sens, G. GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, LGDJ 1969, n° 73 et s., spéc. n° 87 ; FR. DANOS, « La transmission des droits et dettes *propter rem* », in Journée France-Louvain 2016.

⁸³⁵ Cf. *infra* (n°571) ; dans le même sens, v. N. JULIAN, *op. cit.* n°136, p. 136. L'auteure rejette cette théorie en se fondant sur deux arguments. Le premier est que les obligations ne trouvent pas leur source dans la qualité de propriétaire de l'universalité. Le second est que cette vision des choses tend à étendre excessivement le domaine de l'obligation *propter rem*.

⁸³⁶ L'obligation réelle pourrait être une piste convaincante car toute obligation a, nous l'avons vu, un aspect réel et c'est parce que le créancier est en mesure de compter sur son droit de gage général qu'il accepte l'engagement d'un débiteur. En ce sens, toute obligation trouve effectivement sa source dans l'actif que le débiteur peut offrir au créancier. Quant à l'idée d'étendre le champ de l'obligation *propter rem*, il ne s'agit en réalité de voir que dans toute propriété affectée, existe nécessairement une obligation *propter rem* (v. en ce sens, C. KUHN, *ibid.*, spéc. n°393, p. 289-290). Or l'universalité de droit repose, nous l'avons vu, sur une telle propriété : cf. *supra* (n°41 et s.). Nous verrons néanmoins que les obligations contenues dans une universalités sont transmises en raison de leur rattachement à l'intérêt fédérateur de l'universalité et non aux biens qui s'y trouvent : cf. *infra* (n°573 et s.).

⁸³⁷ Reprenant le rapprochement entre universalité de droit et patrimoine, il faut d'ailleurs noter que classiquement, le patrimoine est « lié à la personne aussi longtemps que dure la personnalité. Il est donc intransmissible entre vifs. » : FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2018, n°19, p. 26.

juridique. En effet, en considérant que toutes les universalités sont incessibles dans la mesure où la structure qui permet de corréler des biens et des dettes est rattachée à la personne, la thèse proposée permet d'expliquer pourquoi la masse est, en tant que contenant abstrait, absolument insaisissable.

III. L'universalité de droit, un bien extrapatrimonial

240. L'insuffisance de la *summa divisio* entre personne et chose⁸³⁸. – L'universalité, telle qu'elle est présentée, ne peut être qualifiée de personne ou de chose. Dans le cadre de cette recherche, deux solutions se présentent alors : redéfinir l'universalité pour la faire entrer dans l'une de ces catégories ou redéfinir les catégories pour y intégrer l'universalité. Le choix de cette dernière alternative paraît gênant car il s'agit de bâtir une notion juridique d'après ses résultats, méthode critiquée par GENY⁸³⁹. Opter pour la première solution paraît alors naturellement plus adapté car elle permet de partir de ce qui est considéré comme intangible et de modifier ce qui est malléable. En d'autres termes, il s'agit de ne pas modifier ce qui est observé mais seulement ce qui est construit car dans la conception que l'Homme - et donc, par extension, que le Droit – se fait du monde, il est deux choses et deux uniquement : les objets et les sujets, ou les choses et les personnes. « Les catégories juridiques n'ont pas d'autre valeur que celle que leur confèrent les réalités qu'elles prétendent traduire⁸⁴⁰ ». D'un autre côté, « à la différence des types biologiques dont le nombre est défini, les catégories juridiques paraissent susceptibles d'un renouvellement constant.⁸⁴¹ », d'autant qu'il semble exister des catégories hybrides, ou plutôt, des notions qui semblent ne correspondre à aucune catégorie donnée du Droit. Ainsi en est-il de la location-vente, ni vente, ni bail. Les classifications juridiques servent par ailleurs un objectif intellectuel de lecture et de compréhension plus large du Droit. Ce sont donc les catégories qui se meuvent au gré des notions et non les notions qui sont dénaturées pour les intégrer. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'une distinction entre chose et bien est nécessaire⁸⁴². Il ne s'agit alors pas de revenir sur la distinction entre l'être et l'avoir, entre le sujet et l'objet, mais d'élargir

⁸³⁸ « Dans un pays qui se veut toujours cartésien, l'on ne saurait commencer autrement qu'en partant du binôme « sujet-objet, dans leur opposition et complémentarité » : C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Arch. Phil. Droit*, 1989, t. 34, p. 9.

⁸³⁹ Fr. Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif français*, LGDJ 1919.

⁸⁴⁰ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°190, p. 220.

⁸⁴¹ J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1982, n°43, p.34.

⁸⁴² Cf. *supra* (n°106 et s.).

chacune de ces catégories pour ne voir dans les personnes juridiques et les biens, que deux sous-catégories de la division principale, laquelle en comprendrait alors plusieurs autres.

241. L'existence de catégories intermédiaires. – La doctrine contemporaine s'entend pour voir l'apparition de nouvelles catégories ou, du moins, celle de deux mouvements contraires : une personnification des choses et une réification des personnes⁸⁴³. Certaines choses ont tendance aujourd'hui à « migrer » vers le domaine des personnes. La protection de la personne et de sa dignité pousse désormais le législateur à garantir la protection de certains biens, ne serait-ce de manière temporaire. C'est le cas notamment de toutes les insaisissabilités temporaires assurant un minimum à vivre. D'autres objets, autrefois considérés strictement comme des biens, font également aujourd'hui l'objet d'une protection spéciale. Il s'agit notamment des animaux qui, s'ils demeurent soumis au régime des meubles dans le Code civil, sont protégés par d'autres branches du Droit au titre d'être vivant⁸⁴⁴. Ainsi, les actes de torture ou de cruauté envers les animaux domestiques sont-ils pénalement réprimés⁸⁴⁵. Ce mouvement convergeant entre personnes et choses⁸⁴⁶ invite à s'interroger sur les catégories qui les séparent. Or parmi celles-ci figurent les biens extrapatrimoniaux⁸⁴⁷. À mi-chemin entre les personnes et les choses, cette catégorie pourrait apporter une solution pour identifier la nature de l'universalité de droit⁸⁴⁸. Celle-ci semble correspondre aux caractères du bien extrapatrimonial.

⁸⁴³ En ce sens parmi d'autres, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583 et s., spéc. n°37 et s. ; R. LIBCHABER, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Bien, n°6 ; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ 1996 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°1.13 et 1.14 ; du même auteur, « La distinction de la personne et des choses, une *summa divisio* brouillée par la personnification des biens », in *Le patrimoine de la personne protégée*, (dir. J.M. PLAZY & G. RAOUL-CORMEIL) LexisNexis 2015, p. 277 et s. ; v. aussi n°4.25 et s. ; N. REBOUL-MAUPIN, « Pour une rénovation de la *summa divisio* des personnes et des choses », *LPA* 2016/259, p. 6 ; M.J. RADIN, « Property and Personhood », in *Reinterpreting Property*, éd. ANSIS 1984, p. 35 et s. où l'auteur propose de créer une subdivision des biens juridiques parmi lesquels figurent les biens personnels, ceux qui sont attachés à la personne.

⁸⁴⁴ R. NERSON, « La condition de l'animal au regard du droit », *D.* 1963 Chron. p. 2 ; J.P. MARGUÉNAUD, « La protection juridique du lien d'affectation envers un animal », *D.* 2004, Chron. p. 3009 ; du même auteur, *L'animal en droit privé*, PUF 1992 ; CH. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, th. Paris I 2008.

⁸⁴⁵ Art. 521-1, C. Pén.

⁸⁴⁶ Le mouvement ne s'arrête pas à celui des animaux mais également à de nombreux autres biens. On pense par exemple aux robots, à l'intelligence artificielle ou à bien d'autres objets encore. Nous ne pouvons prétendre régler les questions relatives à tous ces biens mais la question du bien extrapatrimonial s'inscrit dans ce mouvement convergent entre personnes et choses. Nous ne pensons pas, en revanche que l'animal ou le robot doivent intégrer la catégorie des biens extrapatrimoniaux car si ces derniers se rapprochent davantage du bien doté d'une coloration personnelle, l'animal ou le robot sont plus proches de la personne quoiqu'ils aient une forte coloration réelle.

⁸⁴⁷ Cf. *supra* (n°131).

⁸⁴⁸ Un auteur écrit ainsi que « nombre d'éléments inhérents à la personne tendent à s'en détacher et se rapprochent alors de la propriété et de l'opposabilité *erga omnes*. Le droit français ne peut plus reposer sur une distinction rigide entre chose et personne et il ne pourra éviter, à l'avenir, si ce n'est déjà fait, la création de

242. Cohérence quant au critère d'insaisissabilité absolue. – L'étude des biens extrapatrimoniaux a permis de voir qu'il peut exister une catégorie intermédiaire entre personnes et choses. Situer l'universalité de droit dans cette catégorie semble approprié au regard de son appréhension en tant que chose et de son rattachement à la personne. Les biens extrapatrimoniaux semblent se caractériser par leur rattachement à la personne. Les choses issues du corps humain sont à la fois, partie de l'être et objet d'un avoir. Ces biens se déclinent ensuite en plusieurs sortes : ceux qui peuvent être vendus sans pouvoir être saisis (tel l'image, le nom, la voix), ceux qui ne peuvent être ni vendus, ni saisis mais qui pourtant font l'objet d'une circulation à titre gratuit (tel le sang, le sperme, les cellules, les organes), et ceux qui ne peuvent faire l'objet d'aucune circulation, d'aucun acte juridique qui en implique la transmission mais qui demeurent encadrés juridiquement (c'est le cas notamment du corps humain pris dans son entier). Nous avons pourtant vu que ces différents objets partagent un point commun résidant dans leur insaisissabilité⁸⁴⁹. Or l'universalité de droit est effectivement insaisissable et cette insaisissabilité est également absolue. Il faut néanmoins garder à l'esprit qu'il s'agit de s'intéresser ici à la saisissabilité de la structure même c'est-à-dire de l'ensemble et non pas du contenu. Ce constat permet de préciser le rapport qu'entretiennent l'universalité de droit et le patrimoine légal.

243. L'appréhension des universalités à l'égard du patrimoine. – Les biens extrapatrimoniaux n'existent que tant qu'existe le patrimoine. Le sort du bien envisagé dépend de sa relation au patrimoine, il s'agit de savoir s'il en est exclu ou s'il l'intègre. En ce sens, l'extrapatrimonialité détermine le rapport d'une chose à un ensemble universel⁸⁵⁰ d'une part et au droit de gage général d'autre part. Dès lors que la chose n'est pas susceptible de servir l'exercice de ce droit, il ne peut intégrer l'universalité légale. Or force est de voir que les autres universalités de droit, celles qui existent par rapport au patrimoine personnel, ne peuvent servir à la garantie des dettes contractées par une personne car c'est précisément pour permettre de créer une garantie concurrente que l'universalité sera créée⁸⁵¹. Ainsi, la masse commune envisagée comme un tout, ne peut être considérée comme un bien patrimonial. L'universalité fiduciaire n'est pas, en tant qu'ensemble, un bien qui intègre le

catégories intermédiaires entre les personnes et les choses soumises à des régimes spécifiques, sauf à se contredire et à établir une certaine insécurité juridique. Le « tout ou rien » alternative entre un « tout » propriété ou une absence complète de propriété dans le domaine des éléments qui touchent à la personne n'est plus vraiment praticable » : FR. DANOS, *op. cit.*, n°206, p. 228.

⁸⁴⁹ Cf. *supra* (n°125-126).

⁸⁵⁰ Cf. *infra* (n°342).

⁸⁵¹ En ce sens, Madame la Professeure ROCHFELD voit dans les patrimoines d'affectation, une fonction de limitation de la responsabilité : J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°6.32, p. 385 et s.

patrimoine légal. Par conséquent, si les ensembles universels sont effectivement des biens, c'est-à-dire des objets de droit, ces biens ne peuvent être qu'exclus du patrimoine⁸⁵². L'universalité professionnelle d'un EIRL ne peut, en tant qu'ensemble, servir à la garantie des dettes du patrimoine personnel. De la même manière, les créanciers d'un souscripteur d'un fonds commun de titrisation ne pourront saisir l'ensemble du fonds. L'indivision entière ne peut non plus servir de gage aux créanciers personnels des indivisaires pas plus que les créanciers personnels de l'époux ne peuvent saisir l'intégralité de la masse commune. Parce que toute universalité volontaire naît en opposition au patrimoine personnel, toute universalité de droit doit être qualifiée de bien extrapatrimonial⁸⁵³.

244. L'indétermination de la valeur des universalités. – L'universalité de droit est une structure, une masse qui sert à liquider des biens et des dettes autour d'un intérêt commun. En tant que telle, nous avons vu qu'elle ne pouvait recevoir de valeur globale avant sa liquidation⁸⁵⁴. La structure universelle n'a donc pas de valeur globale, contrairement au compte bancaire, car cette valeur fluctue. On s'en rend d'ailleurs bien compte dans le contrôle de disproportion de l'engagement de la caution. Celle-ci se voit libérée lorsque la valeur de son patrimoine était disproportionnée à la valeur de son engagement au moment de sa conclusion. L'idée est confortée lors de l'appréciation de la sanction puisque l'exception à cette règle réside dans le retour à meilleur fortune de la caution au jour où elle est appelée à payer⁸⁵⁵. Ces deux situations montrent bel et bien que s'il est possible d'évaluer une universalité de droit, la valeur qui en résulte ne sert qu'à un moment précis, un instant pendant lequel la valeur est nécessaire. La valeur d'une universalité n'intervient donc que de manière ponctuelle ou de manière finale, c'est-à-dire au moment de sa liquidation. La qualification de bien extrapatrimonial s'impose alors une fois de plus.

245. Cohérence avec l'affectation à la personne. – Si l'universalité de droit est un bien extrapatrimonial et que ce type de bien se caractérise par une affectation à la personne⁸⁵⁶, l'universalité de droit devrait, par essence, être rattachée à la personne par un lien d'affectation. Or nous avons vu que toute universalité de droit repose sur une double

⁸⁵² Cf. *supra* (n°206).

⁸⁵³ Y compris le patrimoine légal. Certains reconnaissent d'ailleurs que sans être un bien juridique comme les autres, le patrimoine ne peut être considéré comme une chose hors-commerce, c'est un bien juridique qui est, par nature, insaisissable : N. JULLIAN, *th. préc.*, n°113-144, p. 119-121. Dans une certaine mesure, v. également C. KUHN, *th. préc.*, n°188, et s.p. 143 et s. ; B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I 2008, n°92, p. 108.

⁸⁵⁴ Cf. *supra* (n°158).

⁸⁵⁵ Art. L.341-1, C. Conso.

⁸⁵⁶ Cf. *supra* (n°131)

affectation, notamment une affectation externe de l'ensemble abstrait à un intérêt. Nous avons également vu que le bien extrapatrimonial comme l'universalité juridique ont besoin de la personne juridique pour exister car c'est par son biais mais aussi dans son intérêt que ces deux notions existent⁸⁵⁷. Il y a donc dans les deux cas, une idée de protection de l'objet en vue de la protection du sujet, d'où leur insaisissabilité. Il semble donc exister une correspondance entre les caractères essentiels du bien extrapatrimonial et de l'universalité de droit⁸⁵⁸.

246. L'affectation du bien extrapatrimonial à une fin spécifique. – La circulation des biens extrapatrimoniaux ne peut être autorisée que dans l'hypothèse du maintien de l'affectation qui les gouverne. En ce sens, les produits sanguins labiles peuvent être vendus mais uniquement entre des établissements de santé et pour des fins de recherches médicales ou thérapeutiques⁸⁵⁹. De la même manière, l'universalité professionnelle d'un EIRL ne peut être transmis que sous la condition de la poursuite de l'activité qui a engendré l'universalité⁸⁶⁰. En d'autres termes, le maintien de l'affectation des biens aux dettes permet de transmettre les obligations avec les biens. Dans un tout autre domaine, le don du sang, du sperme ou des cellules n'est autorisé qu'à titre gratuit dans la mesure où la gratuité permet de garantir l'usage de ces produits à une fin d'intérêt général. C'est donc bel et bien le maintien de l'affectation qui, sans justifier la cession, la rend possible⁸⁶¹. En d'autres termes, l'affectation permet de justifier la corrélation de l'actif et du passif d'une personne à une autre mais ce n'est pas pour autant que la structure d'ensemble est transmise. Elle disparaît

⁸⁵⁷ Nous avons vu d'ailleurs que c'est au sujet du fameux « patrimoine de dignité » que se pose la question de l'existence d'une véritable universalité juridique servant à protéger la personne : cf. *supra* (n°92-94).

⁸⁵⁸ Dans le même sens, une auteure écrit : « tous les biens sont contenus dans le patrimoine. Or, il est évident que le patrimoine ne peut se contenir lui-même. Dès lors, si l'on considère que le patrimoine réunit tous les biens, la qualité de bien du patrimoine se trouve nécessairement niée. En réalité, le patrimoine rassemble uniquement les biens patrimoniaux et le patrimoine constitue un bien extrapatrimonial, le premier des biens extrapatrimoniaux » : B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Deffrénois* 2009, art. 38906, p. 518. Dans le même sens, v. R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *Arch. Phil. Dr.* 1979, p. 251 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°236, p. 196.

⁸⁵⁹ Art. L. 1211-1 du Code de la santé publique : « La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre. Les activités afférentes à ces éléments et produits, mentionnées au présent livre, y compris l'importation et l'exportation de ceux-ci, doivent poursuivre une fin médicale ou scientifique, ou être menées dans le cadre de procédures judiciaires conformément aux dispositions applicables à celles-ci ».

⁸⁶⁰ Art. L.526-16 et L.526-17, II, C. Com.

⁸⁶¹ En ce sens, un auteur écrit que « La dignité de la personne entraîne l'interdiction de prélever un élément du corps à d'autres fins que thérapeutiques ou généralement médicales » : X. BIOY, art. préc. C'est donc bien la finalité, la destination ou l'affectation qui justifie les restrictions apportées à la circulation des produits du corps humain.

chez l'un pour se créer chez l'autre. En ce sens, il serait possible d'affirmer qu'aucune des universalités de droit n'est cessible, mais qu'elles peuvent être reproduites ailleurs⁸⁶².

247. L'universalité de droit, un bien extrapatrimonial. – L'universalité de droit peut se présenter comme une chose appropriée, c'est-à-dire comme un bien juridique. Néanmoins, elle n'est pas soumise au même régime que les biens patrimoniaux car elle n'est pas l'objet de prérogatives aussi étendues que celles qui portent sur un meuble ou un immeuble classique. Cette particularité suggère la reconnaissance d'un statut spécifique à l'ensemble universel. Absolument insaisissable en raison de son caractère abstrait – tant dans le temps que dans l'espace – l'universalité de droit répond de la définition du bien extrapatrimonial⁸⁶³. Les pouvoirs qu'exerce le titulaire sur son universalité de droit ne sont pas les pouvoirs du propriétaire car ils sont beaucoup plus restreints⁸⁶⁴. En d'autres termes, l'universalité de droit se présente, en tant que contenant, comme un bien absolument insaisissable et incessible et dont l'existence n'est justifiée que par le droit de gage général des créanciers qu'il sert.

248. L'universalité de droit, une structure fonctionnelle. – Voir dans la transmission universelle du patrimoine, une transmission du contenu plutôt que celle du contenant, suggère que l'abstraction n'est pas utile pour la transmission mais seulement pour la garantie des dettes. Envisager l'universalité comme un tout ne permet pas d'en disposer comme s'il s'agissait d'un bien unique, objet de prérogatives et objet d'opérations juridiques⁸⁶⁵. L'affectation des biens dans une universalité sert donc simplement à justifier le lien entre certaines dettes et certains biens mais elle ne peut permettre de justifier la cession, dans son intégralité, de l'universalité juridique. C'est, autrement dit, un moyen d'aménager le droit de gage général avant d'être un moyen de transmettre un tout. Les auteurs qui nous ont précédé, ont été tentés de passer par cette lecture pour la seule raison que les universalités de fait sont effectivement créées dans le but de constituer un bien unique. Mais les universalités de droit répondent d'une logique différente. Il est alors possible de considérer l'universalité de droit comme un bien incessible et insaisissable, qui n'entre pas dans le patrimoine de son titulaire.

⁸⁶² Cf. *infra* (n°514 et s.).

⁸⁶³ Cf. *supra* (n°131). On remarquera par ailleurs que, dans l'œuvre d'AUBRY & RAU, le patrimoine y est déjà perçu comme un bien inné : CH. AUBRY & CH. RAU, *op. cit.*, §577 ; dans le même sens, *Droits de la personnalité*, dir. J.C. SAINT-PAU, LexisNexis 2013, n°46, p. 26.

⁸⁶⁴ Cf. *infra* (n°477 et s.).

⁸⁶⁵ Ce qui permet de le dissocier de l'universalité de fait : cf. *supra* (n°9).

249. Conclusion du chapitre. – L’universalité de droit est bien plus qu’une simple chose appropriée. Sa création, légale ou volontaire, est justifiée par la création corrélative d’une assiette nouvelle pour un droit de gage général. C’est cette fonction, inhérente à toute universalité de droit qui en fait une masse davantage qu’un ensemble de biens et de dettes car la masse se définit comme « l’ensemble continu et cohérent que constituent les éléments dont sont formés les corps naturels » ou comme une « unité autonome que constitue une substance déterminée, sans pour autant former un corps défini »⁸⁶⁶. Autrement dit, l’universalité de droit est une masse cohérente de biens et de dettes permettant d’aménager le droit de poursuite des créanciers. Sa permanence justifie sa structure : c’est une abstraction, une chose idéale au service d’un but. Mais cette permanence n’est que relative et toute universalité a vocation à disparaître car l’intérêt qui la fédère n’est pas éternel. Au service de ce dernier, elle est tributaire de son sort : l’universalité de droit disparaît ainsi avec l’intérêt qui la fédère. La survie de ce dernier explique aussi la subsistance de la première ; c’est ainsi que la transmission des biens d’une universalité justifie la création d’une nouvelle structure universelle pour les rassembler lorsque l’intérêt qui est à son fondement réapparaît chez un nouveau titulaire⁸⁶⁷. En d’autres termes, la transmission universelle peut se faire avec ou sans le maintien d’une affectation à l’intérêt qui la fédérait. Dans le premier cas, une nouvelle universalité sera créée, dans le second, la première est simplement liquidée. Il n’y a donc pas d’universalité de droit sans intérêt fédérateur. C’est d’ailleurs, nous allons le voir, la distinction des intérêts qui explique également la distinction des universalités juridiques.

⁸⁶⁶ *Dictionnaire de la langue française – Larousse* 2018.

⁸⁶⁷ *Cf. infra* (n°512).

CHAPITRE 2ND – LA CLASSIFICATION DES UNIVERSALITES DE DROIT

250. Multiplicité des universalités juridiques. – Les universalités de droit précédemment identifiées trouvent une nature commune et une structure commune. Abstractions fonctionnelles, ces ensembles partagent donc des traits communs justifiant leur rassemblement sous une même catégorie. Cependant, des différences apparaissent également à l'analyse et la pluralité des applications de l'universalité appelle plusieurs remarques. Comment expliquer d'abord la coexistence des différentes universalités si celles-ci remplissent toutes la même fonction ? Comment justifier ensuite les différences constatées de vigueur avec laquelle les universalités se détachent du patrimoine légal ? Ces nombreuses interrogations doivent trouver une réponse dans la recherche des différences entre les universalités identifiées et surtout dans l'analyse de leurs fondements. Si le patrimoine se distingue de l'universalité par l'intérêt qui est à son origine⁸⁶⁸, il faut alors partir de la notion d'intérêt pour dissocier les différentes universalités (*SECTION I*). L'établissement d'une véritable division entre deux sous-catégories d'universalités permettra ainsi de déterminer les universalités qui sont identiques au patrimoine et qui doivent donc s'en détacher complètement. Cette division permettra surtout de dissocier ces patrimoines des autres

⁸⁶⁸ Cf. *supra* (n°203 et s.)

universalités juridiques qui s'ajoutent au patrimoine légal⁸⁶⁹. Il s'agit donc de proposer une classification des universalités de droit (*SECTION 2*).

SECTION 1 – FONDEMENT D'UNE CLASSIFICATION

SECTION 2 – PROPOSITION DE CLASSIFICATION

⁸⁶⁹ Cette étape est nécessaire dans l'étude de la notion d'universalité juridique car comme l'écrit un auteur : « qu'ils soient confrontés à des réalités concrètes ou à des concepts juridiques abstraits, les juristes procèdent à des regroupements ou à des distinctions pour appliquer un traitement semblable à des choses similaires et des traitements différents à des choses dissemblables. Par souci d'ordre et de cohérence, ils s'efforcent de ranger les phénomènes et les concepts juridiques de même nature en catégories auxquelles s'attachent logiquement des règles propres dictées par leur nature commune. Cette catégorisation repose sur des traits constants. » : J.L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF 2016, coll. Thémis, n°63, p. 113.

SECTION 1 – FONDEMENTS D'UNE CLASSIFICATION

251. Sujet de droit et universalité juridique. – Rassemblant des biens, objets de propriété, et des dettes, engageant une personne, l'universalité de droit est et doit être conçue en lien avec le sujet de droit. Elle ne peut exister sans une référence à un titulaire. Par ailleurs, sa création résulte d'un acte d'affectation qui implique l'intervention d'une volonté. Il n'est donc pas d'universalité sans personne juridique. Cette relation entre personne et universalité semble pourtant complexe car elle est construite autour d'une interdépendance des deux notions. La théorie du patrimoine n'énonce-t-elle pas qu'il n'est pas de personne sans patrimoine, ni de patrimoine sans personne⁸⁷⁰ ? À l'inverse, la doctrine n'a-t-elle pas cherché à voir dans les universalités, une nouvelle personne juridique⁸⁷¹ ? Cette corrélation entre le sujet de droit et l'ensemble universel invite à s'interroger plus en avant sur les liens qu'entretiennent l'intérêt et la volonté. Nous avons vu que le patrimoine est fédéré autour de l'intérêt général et indifférencié de la personne. Cet intérêt est facilement identifiable lorsqu'il s'agit d'une personne physique mais existe-t-il vraiment s'agissant des personnes morales ? C'est la recherche d'une unité dans les applications de l'universalité de droit qui amène à se demander si, à l'image du patrimoine, les ensembles universels peuvent être fédérés autour d'un intérêt identifiable. L'étude de la notion d'universalité de droit fait renaître la célèbre dialectique entre intérêt et volonté, propre aux droits subjectifs (I). Celle-ci invite à chercher lequel de ces deux éléments constituant le sujet de droit, est à même de justifier la création d'une universalité de droit (II).

⁸⁷⁰ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, §573, p.231 ; cf. *supra* (n°38 et s.)

⁸⁷¹ Les théories de la personne morale sont ainsi les premières à mettre l'accent sur les relations entre la personnalité juridique et l'autonomie patrimoniale des universalités de droit : v. notamm. J.P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ 1977 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé*, LGDJ 2004 ; B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit privé : contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM 2006 ; N. MATTHEY, *Recherche sur la personnalité morale en Droit privé*, th. Paris II, 2001 ; v. aussi en droit public : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ 1924 ; F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ 1997.

De la même manière, la masse commune et l'indivision ont été et, dans une certaine mesure, sont encore candidates à la personnalité juridique ; v. concernant l'indivision quoique les propos restent nuancés : FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°561, p. 454 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens* PUF 2008, n°351, p. 518 et s. ; J. LEPROVAUX, « Les nouvelles règles de gestion de l'indivision successorale », *JCP N* 2006, 1381 ; v. au sujet de la masse commune, R. SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle en droit français – Analyse juridique et économique*, Dalloz 1970 ; dans une certaine mesure, v. également P. RAYNAUD, *La nature juridique de la dot : essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Sirey, 1934, spéc. p. 216 et s.

I. La dialectique entre intérêt et volonté

252. Une interdépendance entre intérêt et volonté. – En s'intéressant à la problématique de la personnalité juridique, on constate qu'un lien entre intérêt et volonté est possible⁸⁷² ; plus encore, il est nécessaire. En effet, il est difficilement concevable de voir un intérêt qui ne soit pas protégé par une volonté car « le droit est quelque chose de vivant et non une force inerte. Parler d'intérêts, c'est envisager le droit dans son but abstrait et non dans son activité concrète. En soi, c'est une force en exercice ; et la force réside là où il y a des volontés pour la réaliser⁸⁷³ ». Sous la plume de SALEILLES, la « *volonté* » est nécessairement mise au service d'un intérêt ; il est inversement inutile de ne retenir son attention que sur l'intérêt qui seul, n'a aucune valeur en droit : il doit être réalisé, protégé, poursuivi⁸⁷⁴. Les deux notions sont ainsi inextricablement liées et l'une ne peut se concevoir sans l'autre. Bien qu'il soit inconcevable d'admettre l'existence d'un droit sans sujet ou d'un patrimoine sans maître, il n'est pas pour autant opportun d'effacer l'intérêt au profit de la volonté. L'un comme l'autre sont indispensables car l'« intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes [a besoin d'être] juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre⁸⁷⁵ ». Mais l'octroi de la personnalité juridique à certaines universalités fait apparaître deux sortes de relations entre intérêt et volonté. En ce sens, l'universalité de droit semble trouver les fondements de son existence dans deux hypothèses bien distinctes : dans un cas, un intérêt nouveau apparaît mais il est gouverné par une pluralité de volontés ; les groupements sont ainsi souvent associés à l'universalité juridique. Dans l'autre cas, c'est cette fois une volonté unique qui se trouve être à la poursuite de plusieurs intérêts distincts ; l'universalité de droit n'est donc plus uniquement l'affaire des groupements.

253. Universalités de droit et groupements. – L'idée selon laquelle à tout groupement de personnes correspond un patrimoine commun n'est pas nouvelle mais il

⁸⁷² V. en ce sens, H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Dijon, 1910 ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th., Paris, 1903 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, « Le patrimoine d'affectation : réflexion sur une notion incertaine », *RLDC* 2010.72 ; M.-C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th., Paris XIII, 2010 ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, Thèse, Paris I, 2003.

⁸⁷³ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, coll. La Mémoire du Droit, 2003.

⁸⁷⁴ Il est des situations où l'intérêt prime d'ailleurs sur la volonté : lorsque cette dernière est mise en danger, l'intérêt est pris en main par des instances de contrôles (ex : le juge). On pense ici à toutes les situations d'abus de faiblesses, aux incapacités, etc... En ce sens, J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé – Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, th. Bordeaux 2016 ; T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, th. Caen 2013, n°162 et s., p. 43 et s.

⁸⁷⁵ L. MICHOU, *op. cit.*, n°48, p. 101.

convient de la préciser. À l'emploi du terme « patrimoine », il faut d'abord préférer celui d'universalité car nous avons vu que celle-ci est une notion plus large et plus souple que celui-là. En effet, certains groupements permettent de fonder la création d'un ensemble universel sans qu'un véritable patrimoine n'apparaisse. C'est le cas de l'indivision par exemple mais aussi de la masse commune du couple ou du fonds communs de titrisation. Il faut ensuite préciser ce qu'il faut entendre par « groupement de personnes » car cette notion peut renvoyer à deux idées foncièrement différentes. On distingue ainsi les groupements qui sont dotés et ceux qui sont dénués de la personnalité juridique. Or certains considèrent que « la reconnaissance de l'autonomie patrimoniale de la personne morale suppose nécessairement une autonomie de l'intérêt de celle-ci⁸⁷⁶ ». D'autres considèrent en revanche que « dans tout groupement de personnes, si on veut bien examiner la condition du patrimoine commun qui y est habituellement attachée, on peut aisément discerner que ce patrimoine se trouve grevé de deux sortes de droits, en quelque manière complémentaires et dont l'une ou l'autre espèce peut suivant les cas s'étioler ou au contraire s'amplifier jusqu'à absorber l'autre⁸⁷⁷ ». Autrement dit, ce sont les droits que chacun des membres du groupement retire de l'universalité juridique qui déterminent l'autonomie de l'intérêt qui est à son origine. Les théories concernant la personnification des groupements font ainsi apparaître deux étapes dans la création de la personne morale. Une première consiste à voir un intérêt préexistant à la personne juridique : l'intérêt du groupe existe dans les faits avant d'exister en Droit. La seconde étape consiste à donner à cet intérêt une assise juridique suffisante pour créer des interactions autour d'une universalité : la personnification du groupement est donc un moyen de parvenir à une fin ; elle se présente alors comme une technique d'opposabilité de l'intérêt qui unit le groupement⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mélanges B. MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre 20002, p. 332.

⁸⁷⁷ E. MEYNIAL, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD Civ.* 1903, p. 811 et s., surtout p. 814.

⁸⁷⁸ En ce sens, v. L. MICHOD, op. cit., n°60, p. 128 et s. ; B. TEYSSIÉ, *Droit civil – Les personnes*, Litec 2001, n°492 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil – Les personnes*, PUF 2000, n°205 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé – Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004, n°361 et s., p. 209 et s. ; J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 701 et s. ; N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale*, Th Paris II, 2001, spec. n°204 et s, p. 198 et s. ; J.P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ 1977.

254. Les relations entre intérêt et universalité de droit. – Le Droit est un moyen et non une fin⁸⁷⁹ et, d'un point de vue utilitariste⁸⁸⁰, les notions juridiques doivent servir un objectif. Force est alors de voir que l'universalité de droit, notion fonctionnelle, est un outil au service de l'intérêt. En effet, le rassemblement des biens d'une part et leur affectation à la garantie de certaines dettes d'autre part trouvent leur cause dans la poursuite d'un intérêt spécifique justifiant la création volontaire de l'universalité. L'intérêt se présente alors comme objectif lointain quoique central dans la création d'une universalité de droit. Les théories du patrimoine à but sont d'ailleurs fondées sur l'idée que le patrimoine et, partant, l'universalité de droit, se construisent autour d'un intérêt fédérateur permettant à l'ensemble universel d'exister en dehors du sujet⁸⁸¹. En ce sens, le patrimoine légal est fondé sur l'intérêt général et indifférencié de la personne qui en est titulaire⁸⁸². La personne morale est à son tour une notion destinée à exprimer une volonté et surtout à défendre un intérêt spécifique⁸⁸³. L'EIRL est également une universalité fondée sur la poursuite d'un nouvel intérêt qui doit se distinguer de l'intérêt général et indifférencié de la personne⁸⁸⁴. La masse commune sert l'intérêt du couple et de la famille et vient parfois supplanter les intérêts individuels de chacun de ses membres⁸⁸⁵. L'intérêt est donc maître dans la création de l'universalité de droit car

⁸⁷⁹ R. VON JHERING, *L'Évolution du droit*, Paris 1901, p. 169 et s. ; R. POUND, *The spirit of the Common Law*, éd. MARSHALL JONES CO. 1921, p. 195

⁸⁸⁰ Sur la philosophie utilitariste du droit, ce sont les œuvres de J. BENTHAM qui auront marqué le rôle du droit dans les rapports sociaux sous l'angle strictement fonctionnel du système juridique. V. à ce sujet, PH. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de J. BENTHAM*, Bruxelles FUSL 1987 ; K. LEE, *The legal-rational state. A comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Aldershot e.a., Avebury, 1990 : l'auteur souligne ici que l'objectif ultime de Bentham est « de réformer le droit de telle façon qu'il n'y ait plus aucun écart entre le droit tel qu'il est et tel qu'il doit être, à partir du moment où tous les actes de législation se conformeraient aux exigences de l'utilité » (p. 151). V. également sur l'explication de cette même philosophie mais du point de vue de LEIBNIZ : B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles éd. Story-Scientia 1999, spéc. p. 29 et s.

⁸⁸¹ Notamment H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon 1910. V. également M.C. AUBRY, *op. cit.*, n°154 et s., p. 115 et s.

⁸⁸² En ce sens, v. FR. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 1996, p. 819 ; FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°197 et s., p. 190 et s. ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, éd. LGDJ - Varennes 2008, n°165 et s., p. 95 et s. V. également les théories sur le patrimoine affecté : H. GAZIN, *op. cit.*, p. 456 ; FR.H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, th. 1957, n°154, p. 142 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°927, p. 426 ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010, n°277 et s., p. 219 et s. ; N. JULIAN, *op. cit.*, n°160 et s., p. 156 et s. ; A.C. VAN GYSEL, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁸³ Pour certains, l'intérêt commun des associés est d'ailleurs le « but permanent de l'affectation sociale » : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°50 et s., p. 49 et s. Nous verrons surtout que la notion de société et plus largement de personne morale est justifiée par la poursuite d'un intérêt collectif : *cf. infra* (n°282).

⁸⁸⁴ En ce sens, v. FR. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011.1, p. 1011 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « L'EIRL et le droit des procédures collectives », *LPA* 2011/25, p. 7 et s. ; FR. BARRIÈRE & R. ELINEAU, « L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ? », *Dr. Sociétés*, 2011/5, étude 8 ; A. AYNÈS, « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011/86.

⁸⁸⁵ On le voit d'ailleurs lorsque des époux décident de changer de régime matrimonial et que le juge doit vérifier que le changement respecte les intérêts en présence : Civ. 1^e, 25 mai 1982, Bull. Civ. I, n°192 ; Civ. 1^e, 6 janv.

c'est lui qui est à son fondement mais également à sa fin. Il justifie sa création car il en constitue l'objectif.

255. La personnalité morale comme technique d'opposabilité d'un intérêt nouveau. – Le doyen GUINCHARD proposait de voir que seul l'intérêt collectif ou la communauté d'intérêts pouvait justifier la création d'un nouvel ensemble universel. Plus précisément, pour l'auteur, seul un tel intérêt peut être suffisamment distinct pour pouvoir fédérer un nouveau patrimoine⁸⁸⁶. À y regarder de plus près, l'idée rejoint la théorie de la personnalité morale de MICHOUUD selon laquelle cette dernière ne peut être reconnue qu'à la réunion de deux conditions : « un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt⁸⁸⁷ ». Cet intérêt distinct est présent dans tous les groupements dotés de la personnalité morale. Il prend, en droit des sociétés, la forme d'un principe de spécialité⁸⁸⁸. Qu'elle soit légale ou statutaire, cette spécialité de la personne morale permet d'imposer un contrôle de conformité des actes à l'intérêt social, c'est-à-dire de permettre une cohérence entre les actes conclus par les organes du groupement et l'intérêt qui fédère le patrimoine social. Or l'intérêt fédérateur ainsi édifié pour justifier le rassemblement de la masse universelle est non seulement opposable aux tiers mais également et surtout opposable par les tiers. Ainsi, « la possibilité pour les tiers d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants à raison d'actes hors objet social suppose nécessairement la possibilité pour lesdits tiers de prendre connaissance de cet objet, et donc sa publicité.⁸⁸⁹ ». En d'autres termes, l'intérêt collectif est naturellement distinct de celui de ses membres car c'est son individualité⁸⁹⁰ qui donne naissance à l'autonomie patrimoniale de l'ensemble universel.

1976, *GAJC* Dalloz 12^e éd., n°90 ; Civ. 1^e, 8 juin 1982, Bull. Civ. I, n°214. On s'en rend également compte en observant le système des récompenses : l'époux qui contracte une dette dans son intérêt exclusif doit récompense à la communauté lorsque celle-ci l'a acquittée : art. 1416, C. Civ.

⁸⁸⁶ L'auteur parle de « cohésion patrimoniale » que l'affectation des biens permet de réaliser. Or cette affectation est alors justifiée par une « communauté d'intérêts » qu'il décèle dans la masse successorale, dans la masse commune, dans la fortune de mer mais aussi dans les copropriétés, dans les entreprises. C'est alors cette même idée de communauté d'intérêts, que l'auteur recoupe dans l'intérêt collectif, qui justifierait la corrélation entre l'actif et le passif au sein du patrimoine : S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°370 et s., p. 321 et s.

⁸⁸⁷ L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale, son application en droit français*, LGDJ 1924, n°53, p. 112.

⁸⁸⁸ On considère ainsi que « l'étendue de la capacité de jouissance des personnes morales est variable car elle est fonction de l'intérêt dont elles sont en charge - c'est le principe de spécialité » (nous soulignons) : G. WICKER & J.C. PAGNUCCO, *Répert. Dalloz Civ.*, V^oPersonne morale, n°11.

⁸⁸⁹ J. DUBARRY & J.W. FLUME, « Patrimoine + publicité = Responsabilité limitée. Une démystification de l'EIRL », *RLDC* 2011/85, n°20, p. 7.

⁸⁹⁰ Nous verrons que l'intérêt collectif peut, dans un sens strict, être assimilé à l'intérêt d'une personne fictive alors que l'intérêt commun n'est jamais personnifié : *cf. infra* (n°283).

256. L'insuffisance du seul intérêt collectif. – Les travaux sur la personnalité morale et sa relation avec le patrimoine d'affectation peuvent laisser penser que seuls les intérêts collectifs qui transcendent le groupement peuvent donner naissance à une nouvelle universalité de droit. Une telle analyse semble d'abord incomplète car elle ne porte que sur la naissance des patrimoines et non des universalités de droit. Or nous avons vu que ces deux notions peuvent être dissociées et que les secondes constituent une catégorie plus large que les premiers. Il existe ainsi des intérêts collectifs qui ne sont pas dotés de la personnalité morale et qui pourtant justifient la création d'une universalité de droit. C'est le cas par exemple, des indivisions, du couple, de la famille. La thèse est, d'autre part, désormais obsolète car le Droit positif accepte aujourd'hui l'existence de « patrimoines » fédérés par un intérêt individuel. C'est nécessairement le cas des patrimoines d'affectation nommés – à savoir l'EURL et la fiducie – mais c'est également le cas des sociétés unipersonnelles qui trouvent une application dans l'EURL et dans l'EARL ainsi que dans la SASU. Le caractère collectif de l'intérêt fédérateur semble ainsi insuffisant pour déterminer l'existence d'une universalité de droit.

257. L'opposition entre le général et le spécial. – Parce que la distinction entre le patrimoine d'un côté et les universalités de droit de l'autre repose sur la distinction des intérêts et notamment le caractère général de l'intérêt qui fédère le patrimoine, il faut conclure, de manière logique, que seules les masses de biens et de dettes fédérées par un intérêt général et indifférencié de la personne peut recevoir la qualification de patrimoine. Or force est de constater que les masses universelles que la doctrine et la loi qualifient de patrimoine d'affectation sont fédérés par un intérêt spécifique qui se distingue de cet intérêt général et indifférencié⁸⁹¹. Donner la qualification de patrimoine à ces ensembles affectés semble par conséquent insatisfaisant. La construction du droit français et le socle sur lequel repose tout le système de responsabilité sur les biens s'opposent à une pluralité réelle de patrimoines. Il faut donc requalifier ces masses de biens et de dettes autonomes. Il faut trouver un moyen de classifier les différents intérêts et, par extension, les différentes universalités de droit.

⁸⁹¹ Les liens entre les universalités de droit identifiées en droit positif français font d'ailleurs apparaître la reconnaissance par le droit objectif, d'un intérêt de la personne, distinct de son intérêt général et indifférencié : cf. *supra* (n°279 et s.).

II. Recherche d'un critère de classification

258. Critère d'identification de l'universalité de droit. – L'universalité de droit se caractérise par l'existence d'un passif propre, sans pour autant que ce passif soit exclusivement rattaché à un actif déterminé⁸⁹². Certaines de ces universalités présentent donc une autonomie patrimoniale incomplète ou asymétrique, à l'image de l'indivision ou de la communauté des époux. D'autres, en revanche, semblent établir une véritable étanchéité – du moins, en principe – par rapport au patrimoine légal. Ces masses de biens et de dettes bénéficient alors d'une autonomie complète et parfaite. Tel semble être le cas de l'EIRL, des sociétés ou, dans une certaine mesure, de la fiducie. Cette différence essentielle entre les universalités de droit ne doit pas, à notre sens, remettre en cause l'existence d'une notion unitaire de la masse universelle car celle-ci se construit toujours autour de la même idée et se présente sous la même forme et peut être soumis à un tronc commun de règles identiques⁸⁹³. Elle doit, en revanche, nous inviter à envisager une classification de ces ensembles car le Droit ne fait pas produire les mêmes effets à toutes les universalités juridiques. La force de l'autonomie trouve alors peut-être son fondement dans un critère spécifique qu'il convient de rechercher.

259. Critère de classification : la source ou la finalité ? – Dans l'objectif d'une classification des universalités de droit, il convient de voir que les différentes structures universelles ne sont pas égales. Or « tout effort de détermination des catégories juridiques suppose d'examiner l'ensemble des phénomènes connus pour les classer en groupes par comparaison, selon des critères de liaison unissant les divers éléments de chaque catégorie et selon des critères de dissociation permettant d'opposer les catégories entre elles.⁸⁹⁴ ». En ce sens, il convient de rechercher, parmi les universalités, ce qui les rassemblent et ce qui les distinguent. Or les relations qu'entretiennent intérêt et volonté dans la création des universalités de droit invitent à s'interroger sur le critère permettant de les dissocier. Il s'agit donc de se demander si la place de la volonté justifie les différences existantes entre les ensembles universelles : il s'agit alors d'un critère de classification fondé sur la source (A). Il faut également se demander si l'intérêt a davantage d'importance dans cette dissociation des différentes universalités : le critère serait alors celui de la finalité (B).

⁸⁹² Cf. *supra* (n°86 et n°195).

⁸⁹³ Cf. *infra* (n°304 et s.).

⁸⁹⁴ J.L. B ERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2004, n°193, p. 224.

A. Une classification selon la source : la place de la volonté dans l'universalité de droit

260. Le critère historique de la source. – Dans un objectif de classification des universalités de droit, il peut paraître opportun de se servir de la source, comme le faisait le Droit romain⁸⁹⁵. Certains auteurs proposent ainsi de distinguer les universalités de fait de celle de droit en se fondant sur le rôle que joue la volonté dans la création de l'ensemble universel. Si celui-ci est d'origine légale, il doit être qualifié d'universalité de droit, si l'ensemble naît d'un acte juridique, il doit en revanche être qualifié d'universalité de fait. La distinction entre les deux types d'universalité ne reposerait donc plus sur la composition⁸⁹⁶ ou sur l'objectif poursuivi par la structure⁸⁹⁷ mais sur la source. Cette analyse n'est pas nouvelle et l'exégèse des textes romains proposée par BARTOLE impliquait déjà ce critère pour distinguer les universalités de fait et de droit⁸⁹⁸. Sous l'empire du Droit romain, il semblait en effet légitime de distinguer les *universitates personarum*, dotées de la personnalité juridique, des autres universalités. Or « dans la notion romaine, l'association munie de la personnalité morale ne peut exister qu'en vertu de la loi⁸⁹⁹ »⁹⁰⁰. Il est alors possible de donner deux sens à cette théorie : on pourrait penser, d'une part, que seules les universalités résultant de la loi sont des universalités de droit. En d'autres termes, ne constitueraient des universalités juridiques que les masses de biens et de dettes qui ont lieu par le seul effet de la loi. Ne serait alors concerné par cette qualification, que le patrimoine légal. On pourrait, d'autre part, penser que l'intervention du législateur est nécessaire pour la reconnaissance d'une universalité de droit mais que celle-ci pourrait très bien résulter d'un acte de volonté, unilatéral ou synallagmatique. Il convient de vérifier ces deux hypothèses.

261. L'universalité juridique, une universalité légale ? – Soumettre la qualification d'universalité de droit à la condition d'une source légale revient à en réduire considérablement le champ d'application. Toutes les universalités juridiques semblent

⁸⁹⁵ GARY en fait une présentation historique claire : « de la glose précitée, on a déduit la distinction entre l'universalité de droit et l'universalité de fait (...). On conçoit, en effet, dit-on, qu'un ensemble de biens puisse être considéré comme un tout, soit de plein droit, *juris universitas*, soit par la volonté de l'homme, *facti sive homini universitas*. » : R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Sirey 1932, p. 119.

⁸⁹⁶ Comme le suggérait R. GARY, *ibid.*

⁸⁹⁷ Cf. *supra* (n°9 et n°193).

⁸⁹⁸ Les gloses de BARTOLE sont citées par R. GARY, *op. cit.*, p. 119. Même sens H. GAZIN, *op. cit.*, p. 256-285.

⁸⁹⁹ P.FR. GIRARD & J.-PH. LÉVY, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz 2003, p. 258.

⁹⁰⁰ On notera d'ailleurs qu'en ce sens, la majorité des auteurs récents qui défendent la théorie du patrimoine d'affectation, prétend que ce type d'universalité ne peut exister que si la loi l'autorise expressément : N. JULIAN, *op. cit.*, n°76 et s., p. 78 et s. ; M.C. AUBRY, *op. cit.*, n°469 et s., p. 367 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°998 et s., p. 453 et s.

résulter d'un choix, pour un ou plusieurs propriétaires d'affecter ses biens ou leurs biens à la poursuite d'un intérêt spécifique. Il en va ainsi de l'EIRL et de la fiducie, qui impliquent légalement, la constitution d'un acte juridique manifestant la volonté d'affecter les biens visés⁹⁰¹. Mais il en va de même pour l'indivision qui résulterait d'une convention⁹⁰² ou de la masse commune qui est née du mariage, lequel relève bel et bien du choix de chacun des époux de conclure l'union. Les fonds communs de titrisation passent encore par la constitution d'un acte de volonté par la société de gestion et pour chaque nouvelle souscription. Dans tous ces cas, la volonté joue un rôle important qui disqualifierait, à suivre la théorie de la source, les masses ainsi créées d'universalité de droit. Cette première analyse doit donc être rejetée⁹⁰³.

262. Universalité et positivisme. – L'autre hypothèse consiste à voir dans la qualification d'universalité de droit, une part de positivisme : si l'intervention du législateur n'est pas nécessaire pour la création d'une universalité juridique, elle l'est pour sa consécration en Droit positif. Il y aurait, en quelques sortes, une liste limitative des universalités de droit. Cet argument est repris par la plupart des auteurs sur le patrimoine d'affectation⁹⁰⁴. Celui-ci représentant une atteinte importante au droit de gage général des créanciers, il faudrait une autorisation légale pour y déroger. Cet argument doit, à son tour, être rejeté. D'une part, la Cour de cassation est venue affirmer à plusieurs reprises que les

⁹⁰¹ L'acte visé par l'article L.526-6 du Code de commerce concernant l'EIRL est un acte déclaratif qui permet d'assurer l'opposabilité de la création de l'universalité. De la même manière, la fiducie est constituée par un contrat entre deux parties, c'est donc un acte juridique quoique seul le fiduciaire s'engage ici. Il s'agit donc d'un contrat unilatéral (art. 2011 et s., C. Civ.).

⁹⁰² Il est vrai que l'indivision successorale s'impose aux héritiers et constitue ainsi une exception à cette idée. On remarque cependant que c'est le fait qui s'impose à l'homme, la mort s'impose à chacun et le droit ne fait qu'en tirer les conséquences. Le mort saisit le vif dit-on. Par ailleurs, c'est précisément parce qu'elle s'impose aux héritiers que son partage peut être demandé par n'importe quel indivisaire à tout moment. La lettre de l'article 815 du Code civil le suggère d'ailleurs. L'article est introduit par la formule « nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision... » ce qui justifie que « le partage peut toujours être provoqué... ». La *ratio legis* de la règle est expressément intégrée à la règle.

⁹⁰³ Il aurait été possible, dans cette acception de l'universalité de droit, de voir les indivisions, successorale et post-communautaire, comme des universalités légales. En effet, elles ont lieu de plein droit par le seul effet du décès pour la succession ou de la rupture du lien matrimonial pour le régime matrimonial. Pour autant, il faut voir dans ces indivisions, le résultat d'une universalité préexistante. Or l'indivision successorale, autrefois appelée hérédité, ne constitue une universalité de droit que dans la mesure où elle prenait, avant le décès, la forme d'un patrimoine, ce qui revient à considérer que seul le patrimoine légal est une universalité juridique. De la même manière, l'indivision post-communautaire est la transformation de la masse commune en indivision. Il s'agit donc de faire d'une universalité préexistante, une universalité nouvelle. Or la masse commune est le résultat d'un double choix effectué par les époux : ceux-ci choisissent de se marier d'une part et de ne pas rédiger de contrat de mariage d'autre part. C'est donc bien que le patrimoine légal est le seul à résulter véritablement de la loi.

⁹⁰⁴ N. JULIAN, *op. cit.*, n°76 et s., p. 78 et s. ; M.C. AUBRY, *op. cit.*, n°469 et s., p. 367 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°998 et s., p. 453 et s.

articles 2284 et 2285 ne sont pas impératifs et les conventions peuvent donc y déroger⁹⁰⁵. D'autre part, toute personne est libre de poursuivre un nouvel intérêt et de le distinguer des autres. Autrement comment expliquer la liberté, pour chaque couple, de conclure ou non un contrat de mariage ? Comment expliquer qu'une personne puisse poursuivre une nouvelle activité ? L'avènement de l'EIRL, voire de l'EURL, en Droit français, n'est-elle pas le signe d'une liberté, laissée aux individus, de créer une universalité juridique comme ils l'entendent ? Faut-il véritablement voir dans l'introduction de ce « patrimoine affecté », la consécration d'un patrimoine spécifique qui vise la poursuite d'un intérêt précis ? Ce sont les moyens de la division que le législateur prévoit et non le contrôle de la finalité. Partant, il est impossible de considérer que ne sont des universalités de droit que les masses de biens et de dettes autorisées par la loi. Nous pensons ainsi, au rebours des auteurs récents, que la création d'une universalité de droit peut tout à fait être conventionnelle, voire unilatérale.

263. La distinction des actes juridiques. – Dans la recherche d'un critère de classification des universalités de droit, il serait possible de reprendre l'argument de la source en l'adaptant à la distinction, précédemment découverte, entre les universalités. On pourrait ainsi partir d'un autre critère pour différencier les universalités : celles qui naissent d'un acte unilatéral et celles qui naissent d'un contrat. Certaines des universalités identifiées en Droit positif, semblent effectivement naître d'un acte unilatéral. C'est notamment le cas de l'EIRL ou du fonds commun de titrisation, qui naissent tous deux d'un acte déclaratif⁹⁰⁶. On pourrait, de la même manière étendre cette idée au patrimoine légal car le patrimoine n'a d'existence qu'avec la personne physique, laquelle n'acquiert la qualité de sujet de droit qu'au moment où elle est déclarée à l'état civil⁹⁰⁷. C'est donc, une fois encore, un acte déclaratif qui est à l'origine de la création de l'universalité. À l'inverse, d'autres universalités naissent d'un contrat. C'est notamment le cas de la fiducie des articles 2011 et suivants du Code civil mais également des indivisions conventionnelles ou de la masse commune qui naît par le contrat

⁹⁰⁵ Civ. 1^e, 15 févr. 1972, Bull. Civ. I, n°50, *Rev. Crit.* 1973, p. 77, note BATIFOL ; Com., 29 avr. 2002, n°98-14521, n°97-19269, n°97-16878, *Defrénois* 2002, p. 1087, obs. PH. THÉRY.

⁹⁰⁶ L'EIRL doit faire le dépôt d'un acte déclaratif d'affectation des biens à l'activité professionnelle envisagée selon les termes de l'article L526-12 du Code de commerce. Le fonds commun de titrisation est, pour sa part, constitué à l'initiative conjointe d'une société de gestion et du dépositaire des fonds de trésorerie mais il naît d'un acte déposé et publié selon les conditions fixées à l'article L.412-1 du CMF.

⁹⁰⁷ C'est semble-t-il la déclaration de l'enfant imposée par l'article 55 du Code civil qui érige l'être humain en sujet de droit puisque l'article 16 du même code qui prévoit la protection du corps ne fait pas référence à la personne juridique mais à la personne humaine. Et s'il est possible de faire rétroagir l'acquisition de la personnalité juridique lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant, ce n'est qu'à la condition que la naissance ait eu lieu et qu'elle ait été juridiquement constatée.

de mariage⁹⁰⁸. Mais là encore, le critère ne suffit pas car l'intérêt de la classification est tributaire de la force donnée à la division du patrimoine légale, c'est-à-dire à l'atteinte portée au droit de gage général des créanciers. Or cette subdivision des universalités de droit, fondée sur la source, n'a pas de sens au regard de cette force. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir que la masse commune ne bénéficie pas de l'autonomie complète dont jouit le contrat de fiducie. Ce critère de classification devrait par ailleurs engendrer une distinction entre indivision conventionnelle et indivision légale. Or une telle différence n'existe ni au regard de la notion, ni du point de vue du régime⁹⁰⁹. Il faut dès lors chercher le critère de classification des universalités de droit ailleurs.

B. Une classification selon la finalité : la place de l'intérêt dans l'universalité de droit

264. L'intérêt juridique : tentative de définition. – L'intérêt reçoit, comme le patrimoine, plusieurs définitions et peut d'ailleurs renvoyer, selon les circonstances, à des idées différentes. Certains vont jusqu'à douter de sa juridicité⁹¹⁰ alors qu'elle semble être au cœur de nombreuses règles de droit⁹¹¹. L'envisager comme une notion juridique, implique de lui trouver un régime correspondant. L'intérêt semble alors n'atteindre que le stade du concept c'est-à-dire l'idée, la construction théorique, qui permet de fonder les autres notions véritables du Droit positif. C'est, comme l'écrivait CARBONNIER, un élément du droit mou⁹¹². Analysé comme droit subjectif par nombres d'auteurs⁹¹³, l'intérêt devient la substance des droits individuels. Or, si l'universalité de droit est fédérée par un intérêt et si celui-ci est un

⁹⁰⁸ Art. 1387, C. Civ.

⁹⁰⁹ Si ce n'est l'aménagement conventionnel des articles 1873-1 et suivants du Code civil. Force est néanmoins de constater que ces dispositions ne contredisent pas le régime légal de l'indivision mais viennent simplement le préciser.

⁹¹⁰ M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, LGDJ 2018, n°9, p. 11.

⁹¹¹ A titre d'exemple, on peut citer les articles 425 ou 508 (relatifs à l'intérêt du majeur protégé), 373-2 (qui traite de l'intérêt de l'enfant), 817 (sur l'intérêt des indivisaires). Dans certaines règles, l'intérêt apparaît d'ailleurs comme une condition d'application : ainsi l'article 941 impose-t-il à la personne souhaitant remettre en cause une donation non publiée, de prouver l'existence de son intérêt à agir. De la même manière, le *solvens* de la dette d'autrui doit prouver l'existence d'un intérêt légitime pour se prévaloir de la subrogation personnelle de l'article 1346.

⁹¹² J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ 2013, coll. Anthologie du Droit, p. 109.

⁹¹³ Notamment F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Romischen Rechts*, Berlin 1840, t. 1, cité par X. DIION, *Le sujet de droit en son corps – Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur-Bruxelles 1982, spéc. p. 61 et s. ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952 ; P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *Arch. Phil. Droit*, 1960, p. 128 et s. ; du même auteur, *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 2005. Et dans une certaine mesure, R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. DE MEULENAERE, Paris 1886, §70, p. 327 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges P. ROUBIER*, t. 1, Paris 1961, p. 241 et s.

droit subjectif, la création d'une universalité de droit serait alors un droit subjectif. Cela signifierait qu'il existe un droit subjectif à la création d'universalité de droit. Cette affirmation peut se vérifier pour certaines d'entre elles : la création de la masse commune résulte de la liberté de se marier et le droit de choisir son régime matrimonial. La création d'une indivision est imposée par le Droit en cas de pluralité d'héritiers acceptant la succession mais peut également résulter du choix de plusieurs personnes de créer l'indivision sur un bien. L'EIRL repose également sur une déclaration volontaire d'affectation des biens à l'activité professionnelle. La fiducie résulte d'un contrat entre le constituant et le fiduciaire. Dans tous les cas, l'intérêt, entendu comme avantage ou comme utilité, est recherché par l'expression d'une action, d'un acte juridiquement sanctionné. Pourtant, l'intérêt semble devoir se distinguer du droit subjectif.

265. Dissociation de l'intérêt et du droit subjectif. – Si les premiers auteurs concernant le droit subjectif ont pu assimiler ce dernier à l'intérêt, les auteurs qui ont suivi ont préféré les dissocier. De manière synthétique, on peut déduire des éminents travaux des deux derniers siècles que « s'il est exact que à tout intérêt ne correspond pas nécessairement un droit subjectif, en revanche, il est non moins certain que la reconnaissance de tout droit subjectif suppose, à sa base, la présence d'un intérêt.⁹¹⁴ ». Autrement dit, la notion d'intérêt est plus large et englobe celle de droit subjectif et tout intérêt ne donne pas naissance à un droit subjectif⁹¹⁵. Dans le cadre de cette étude, il semble pertinent de penser que l'intérêt qui est au fondement d'une universalité de droit n'est pas celui qui a atteint le statut de droit subjectif. Un auteur a pertinemment soulevé l'existence de plusieurs catégories d'intérêts et les relations que ces derniers entretiennent avec le droit. On en distingue ainsi quatre sortes : l'intérêt illicite (dont le droit interdit et sanctionne la poursuite), l'intérêt pur et simple (dont le droit n'encadre ni ne prohibe la poursuite), l'intérêt légitime ou reconnu (que le droit cherche à protéger en en sanctionnant l'atteinte) et l'intérêt consacré (correspondant au droit subjectif et auquel sont attachées des prérogatives pour la poursuite et la défense)⁹¹⁶. Il convient alors de chercher parmi ces quatre catégories, celle dans laquelle se trouve l'intérêt fédérateur des universalités de droit. Il semble d'abord aisé de pouvoir exclure l'intérêt illicite

⁹¹⁴ FR. OST, *Droit et intérêt – Entre droit et non-droit : l'intérêt – Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, dir. PH. GÉRARD, FR. OST & M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles 1990, vol. 2, p. 36.

⁹¹⁵ Ainsi, Monsieur GERVAIS écrivait-il que « la coïncidence se manifeste dans le fait que la reconnaissance d'un droit suppose l'existence d'un intérêt, et la divergence, dans le fait que l'existence d'un intérêt n'entraîne pas nécessairement la reconnaissance d'un droit ». A. GERVAIS, *op. cit.*, p. 243. Dans cet article, l'auteur distingue quatre réactions différentes du système juridique face à un intérêt : la condamnation, l'indifférence, la reconnaissance et la consécration.

⁹¹⁶ FR. OST, *ibid.*

puisque celui-ci ne peut vraisemblablement pas fédérer une universalité juridique, sa poursuite ne justifiant pas la reconnaissance d'une corrélation entre des biens et des dettes. Ensuite, la création d'une universalité de droit passant par un acte de volonté⁹¹⁷, l'intérêt qui est à son fondement ne peut non plus être pur et simple, le Droit en encadrant la mise en œuvre. Reste alors à savoir s'il s'agit d'un intérêt légitime ou d'un intérêt consacré c'est-à-dire d'un droit subjectif.

266. La classification des droits subjectifs. – Les difficultés de qualification de l'intérêt fédérateur d'une universalité de droit tiennent au fait que l'intérêt n'est pas défini juridiquement. Confondu avec le droit subjectif, celui-ci ne bénéficie pas d'une meilleure clarté et d'aucuns ont pu écrire : « il y a à peu près autant de définitions du droit subjectif que d'auteurs qui ont écrit sur le sujet⁹¹⁸ ». De prime abord, le juriste serait tenté de réfuter l'idée d'un droit subjectif justifiant la création d'une universalité de droit, du moins celle qui reviendrait à reconnaître l'existence d'un *droit à*⁹¹⁹ l'universalité de droit. Il convient en réalité de vérifier les conditions de qualification de ce dernier. Le Professeur PICHARD a clairement exprimé la différence entre le fameux *droit à* et les autres catégories de droit subjectif. Il est traditionnellement enseigné que les droits subjectifs se divisent en deux sous-catégories, lesquelles sont déterminées à partir de caractères précis et d'une structure propre ; sont ainsi distingués les droits réels et les droits de créance. « Le droit à... est à l'opposé de cela, puisqu'il ne peut par définition porter que sur l'objet (concret ou abstrait) qui figure dans sa dénomination et par rapport auquel il ne peut évidemment avoir aucune autonomie⁹²⁰ ». Au-delà de cette première distinction théorique, on voit apparaître aussi la

⁹¹⁷ Cf. *infra* (n°318).

⁹¹⁸ H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD & FR. CHABAS, *Leçons de droit civil - Les personnes, La personnalité. Les incapacités*, Montchrestien 2000, n°155, p. 193. La notion a suscité de nombreux développements : v. notamm. F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, éd. Panthéon-Assas 2002 ; R. VON JHERING, *op. cit.* ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963 ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant 1978 ; J. DABIN, *op. cit.* ; du même auteur, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Arch. Phil. Dr.* 1964, p. 17 et s. ; H. COING, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. Phil. Dr.* 1964, p. 1 et s. ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 217 et s.

⁹¹⁹ Sur la notion du « *Droit à* », v. M. PICHARD, *Le Droit à – Étude de législation française*, Economica 2006. L'auteur y définit le « *droit à* » comme celui qui « s'articule autour du sujet individu ; par sa formulation s'exprime la promesse de garantir les conditions de l'autonomie de l'individu » (n°53, p. 68). V. également S.M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS 2018, n°337 et s., p. 210 et s. ; D. COHEN, « Le droit à... », in *Mélanges FR. TERRÉ*, PUF-Dalloz 1999, p. 393 et s.

⁹²⁰ D. COHEN, art. préc., p. 394.

distinction entre le pouvoir de faire et le pouvoir d'exiger qui, selon le Professeur PICHARD, caractérise le *droit à*⁹²¹.

267. L'existence d'un droit à l'universalité juridique ? – Il est utile de se poser la question de l'existence d'un droit à l'universalité juridique dans la mesure où celle-ci a toujours vocation à permettre une division de l'assiette du droit de gage général. L'universalité de droit, masse abstraite de biens et de dettes qui sont intimement liés, permet de créer plusieurs catégories de créanciers⁹²². Cette fonction, propre aux universalités, qui portent atteinte aux articles 2284 et 2285 du Code civil, symbolise la consécration du fameux « droit de ne pas payer ses dettes⁹²³ » car elle vient limiter la responsabilité du débiteur qui n'engage plus l'intégralité de sa fortune mais seulement une partie. C'est donc le Droit qui l'autorise à gérer ses biens comme il l'entend mais surtout, qui autorise un débiteur à porter une atteinte au droit des créanciers⁹²⁴. Dans une vision belliqueuse des rapports juridiques entre débiteur et créancier⁹²⁵, le Droit semble prendre ici le parti du débiteur au détriment des créanciers⁹²⁶. Il fait primer l'intérêt du premier sur celui des seconds. Il en prévoit d'ailleurs les modalités, la défense et les limites. Il pourrait donc exister un *droit à l'universalité de droit*. Peut-on pour autant voir dans cette liberté du débiteur – de gérer ses biens comme il l'entend –, un droit à l'universalité juridique ? Une réponse négative s'impose car si le *droit à* se définit comme le pouvoir d'exiger d'autrui, une prestation ou un comportement, la décision, par le débiteur, de créer une universalité de droit par l'affectation de certains biens à la poursuite d'un intérêt spécifique ne correspond pas à l'exercice d'un tel pouvoir. En d'autres termes, l'acte d'affectation est l'exercice d'un pouvoir de faire et non d'exiger. La qualification de *droit à* doit alors être rejetée. *Quid* alors de celle de droit subjectif ?

⁹²¹ M. PICHARD, *op. cit.*, n°5, p. 8. Dans le même sens, v. J. RIVEIRO & H. MOUTOUH, *Libertés publiques – Théorie générale*, PUF 2003. Et dans une moindre mesure : F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705 et s. ; S.M. FERRIÉ, *op. cit.*, n°341, p. 212.

⁹²² Cf. *supra* (n°79 et s.).

⁹²³ G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », in *DH 1236*, *Chron.* 57.

⁹²⁴ C'est notamment ce qui explique pourquoi les universalités de droit trouvent le même fondement que la jurisprudence selon laquelle le débiteur peut conventionnellement limiter l'étendu du gage de son créancier à certains biens (Civ. 1^e, 15 févr. 1972, Bull. Civ. n°50 ; Com, 24 mars 2015, n°14-10175).

⁹²⁵ On constate, d'un point de vue sociologique, une « opposition radicale entre créancier et débiteur, [... et c'est] une spécificité française, le droit anglo-saxon ayant une conception moins belliqueuse des choses » : M.A. FRISON-ROCHE, « Sociologie du patrimoine - La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine », in *Rapport remis à la Chancellerie*, Assas Paris II, Laboratoire de sociologie juridique, 1995, n°68, p. 59.

⁹²⁶ Nous verrons d'ailleurs que c'est le conflit des intérêts qui vient à la fois justifier et limiter la création de nouvelles universalités (cf. *infra* : n°307-308) car « on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scurant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient » : FR. GÉNY, *Méthodes d'interprétations et sources du droit*, LGDJ 1919, n°173, p. 173.

268. Le recours à l'intérêt légitime. – La différence entre intérêt légitime et intérêt consacré réside dans le comportement du Droit face à l'intérêt recherché par la personne. Pour l'un, le Droit en permet la défense alors que pour l'autre, il le met en œuvre ; il va donc plus loin dans son rapport à l'intérêt consacré car il ne se contente pas d'un laisser faire, il adopte un comportement actif à son égard en cherchant à en permettre la promotion et la poursuite. Or DUGUIT a défendu l'idée selon laquelle c'est le Droit objectif qui organise la création et la protection des patrimoines et, par extension, des universalités de droit de manière générale. Ce ne serait donc pas la volonté qui est protégée mais le but que celle-ci poursuit, promeut ou défend⁹²⁷. Quoiqu'elle ait fait l'objet de vives critiques, cette thèse a le mérite de mettre en relation le patrimoine et, plus généralement, l'universalité de droit, avec l'intérêt légitime d'une personne. Le Droit objectif ne cherche pas à promouvoir l'intérêt en lieu et place de la personne, hormis le cas du patrimoine légal, le législateur ne crée pas d'universalité de droit pour la personne, il lui permet de le faire. En ce sens, il est possible de voir dans l'intérêt fédérateur de toute universalité, un intérêt légitimement protégé quoique non identifié⁹²⁸. D'une façon générale et impersonnelle, c'est ce recours à la notion d'intérêt légitime⁹²⁹ qui doit permettre d'établir une autorisation générale⁹³⁰ de créer, quand on le souhaite, une universalité de droit⁹³¹.

269. Conclusion de la section. – Née de l'affectation de biens à la poursuite d'un intérêt susceptible d'engendrer des dettes, l'universalité juridique est liée au sujet de droit en ce qu'elle repose à la fois sur la volonté et l'intérêt. L'intervention du législateur dans la création de telles universalités est donc réduite. La loi n'édicte pas une liste exhaustive des universalités pouvant exister, elle doit en revanche prévoir celles qui ne doivent pas exister.

⁹²⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, éd. Boccard 1923, p. 296 et s. L'auteur explique que « dans ce qu'on appelle le patrimoine d'une personne, il n'y a pas, en réalité, autre chose que l'affectation socialement protégée d'une certaine quantité de richesses à un but déterminé. Cette affectation est protégée par l'ouverture des voies de droit établies par le droit objectif considéré. Une ou plusieurs volontés reçoivent du droit objectif compétence pour faire les actes qui conditionnent toute modification introduite dans la consistance de ce patrimoine et pour écarter tous les actes qui tendent à y porter atteinte. » (p. 309)

⁹²⁸ S'il n'est pas déterminé par la loi, il doit en revanche être identifié dans l'acte d'affectation qui est au fondement de l'universalité : cf. *infra* (n°398 et s.).

⁹²⁹ La notion n'est pas inconnue du Droit positif, elle a par exemple été récemment introduite dans le cadre de la subrogation personnelle. Celle-ci a désormais lieu de plein droit au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paye la dette d'autrui (art. 1346, C. Civ). Elle existait par ailleurs déjà en droit des libéralités puisque le mandat à effet posthume (art. 812-1-1, C. Civ.) ou la clause d'inaliénabilité (art. 900-1, C. Civ.) ne peuvent exister qu'en raison d'un « intérêt sérieux et légitime ».

⁹³⁰ Il convient de noter qu'il ne revient pas au juriste de dire quel intérêt est légitime ou non car ce jugement de valeur dépasse la théorie ou la technique juridique et bascule nécessairement dans la politique ou dans la sociologie.

⁹³¹ L'étude du régime de droit commun de l'universalité juridique permettra de mettre en lumière l'idée selon laquelle tout intérêt peut, tant que sa poursuite peut être opposée aux tiers, justifier la création d'une universalité de droit : cf. *infra* (n°279).

Autrement dit, la loi ne dit pas ce qui est autorisé mais uniquement ce qui est interdit. En ce sens, toutes les universalités naissent d'une volonté légale ou individuelle. Toutes ne sont cependant pas fondées sur le même type d'intérêt. Le critère de classification des universalités réside donc finalement dans l'intérêt. C'est d'ailleurs ce qu'ont retenu la plupart des auteurs sur le patrimoine d'affectation. C'est du moins ce critère qui permet, en théorie, de distinguer patrimoine légal (ou général) et patrimoine affecté. C'était d'ailleurs toute la thèse de GAZIN pour qui « un but distinct, un intérêt spécial, tel est le critérium qui permettra de départir en deux classes différentes les universalités⁹³² ». Mais il a été reproché à celui-ci de ne pas avoir précisé cette notion « d'intérêt spécial ».

⁹³² H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon 1910, p. 268.

SECTION 2 – PROPOSITION DE CLASSIFICATION

270. Des intérêts inégaux. – S’il existe plusieurs sortes d’intérêts et que le Droit objectif en établie plusieurs catégories, c’est parce que chacun de ces intérêts ne méritent pas la même protection. Face à la complexité des rapports qui se nouent entre débiteur et créancier(s), il convient de déterminer la mesure de l’atteinte portée aux droits de ces derniers. En d’autres termes, si tous les intérêts fédérateurs d’une universalité de droit ne sont pas égaux, il faut voir ceux qui méritent une plus forte protection. Il convient de les classier. Partir des points communs existants entre les différentes masses de biens et de dettes que connaît le droit positif a permis de dévoiler l’existence d’une notion unitaire de l’universalité de droit. S’intéresser à leurs différences doit désormais permettre d’en distinguer les applications et de les classer de manière organisée. La classification qui s’impose par le constat de ces points communs et de ces différences doit alors s’appuyer sur un critère précis et potentiellement généralisé.

271. Classification des intérêts, classification des universalités – La classification est une réflexion pédagogique qui résulte en une catégorisation de phénomènes ou de concepts abstraits. Or cette catégorisation repose sur « la réunion d’éléments constants et nécessaires⁹³³ ». Ainsi, « les notions et les situations juridiques sont regroupées dans des catégories d’après leurs caractères communs, et les diverses catégories se distinguent les unes des autres par les différences entre les traits communs des éléments qui les composent et ceux des autres catégories.⁹³⁴ ». Appliqué à notre étude, ce raisonnement permet de mettre l’accent sur la nature, la structure et la fonction, communes à toutes les universalités de droit tout en identifiant les différences précédemment constatées dans l’autonomie patrimoniale dont chacun de ces ensembles universels jouit. Il ne s’agit pas ici de partir du résultat pour déterminer ce qu’il y a en amont ; il s’agit de partir d’un constat pour trouver les fondements d’une pluralité et la nécessité d’une classification. Les universalités de droit partagent des traits communs mais il semble exister de véritables différences qui peuvent être fondées sur les différents intérêts qui sont à leur origine. Il convient donc de distinguer ces intérêts (I) avant de les appliquer à une classification des universalités (II).

⁹³³ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges J. VINCENT*, Dalloz 1981, p. 77 et s.

⁹³⁴ J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°179, p. 237.

I. La distinction des intérêts fédérateurs d'universalité de droit

272. La notion d'intérêt fédérateur. – Tout intérêt ne semble pas apte à fonder la création d'un ensemble universel. Les caractères objectifs de l'intérêt fédérateur ne parviennent pas à créer les mêmes universalités : des causes différentes produisent des effets différents. Il faut donc distinguer les différents intérêts fédérateurs d'universalité en en déterminant les caractères essentiels (A), leur moyen d'exister juridiquement (B) et les différentes catégories d'intérêts pouvant créer une universalité (C).

A. Les caractères de l'intérêt fédérateur

273. La distinction des intérêts. – L'universalité de droit semble pouvoir naître de la poursuite d'un intérêt légitime⁹³⁵. En ce sens, n'importe quel intérêt doit être susceptible de fédérer une universalité de droit. Ce critère, trop général, doit désormais être précisé car il semblerait que tout intérêt, aussi légitime soit-il, ne peut fédérer la réunion de biens et leur affectation au règlement de certaines dettes. Il existerait donc une hiérarchie des intérêts légitimes, une distinction au sein de ceux-ci, justifiant une différence de traitement par le Droit objectif. C'est alors sur cette différence que peut se fonder la classification des universalités de droit. C'est, autrement dit, sur la base de la distinction des intérêts que doit être fondée la différence d'autonomie que chaque universalité de droit entretient avec le patrimoine légal. Il faut dès lors s'interroger sur les caractères de l'intérêt légitime fédérateur d'une universalité juridique.

274. Définition négative de l'intérêt légitime. – La réforme du droit des obligations a donné une nouvelle place à la notion d'intérêt au sein du Code civil. L'emploi des termes « intérêt légitime » dans les nouvelles dispositions relatives à la subrogation personnelle permet d'offrir une piste de réflexion sur les contours de cette notion. Ainsi, sur la base du nouvel article 1346⁹³⁶ et des travaux qui ont précédé son adoption, il est d'abord possible d'observer qu'un intérêt n'est légitime que lorsqu'il n'est pas mû par une mauvaise intention⁹³⁷. En ce sens, l'intérêt légitime semble pouvoir se définir au moins de façon

⁹³⁵ Cf. *supra* (n°199 et s.).

⁹³⁶ L'article dispose que « la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ».

⁹³⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°25 : « l'exigence d'un intérêt légitime au paiement permet néanmoins d'encadrer la subrogation légale et

négative en ce qu'il ne peut trouver son origine dans une intention malhonnête. Destinée à prévenir l'utilisation abusive ou frauduleuse de la subrogation légale⁹³⁸, la notion d'intérêt légitime peut également servir, dans le cadre de cette étude, à exclure des intérêts fédérateurs d'une universalité de droit, les objectifs malhonnêtes⁹³⁹. On sait pourtant que la preuve d'une intention est toujours difficile à apporter, de sorte que ce critère semble insuffisant pour identifier les intérêts qui peuvent effectivement fonder la création d'une universalité juridique.

275. Un intérêt durable. – Les universalités de droit sont créées, comme tout acte d'affectation, par la volonté⁹⁴⁰. Mais celle-ci doit être limitée car la technique de l'universalité porte atteinte aux droits des créanciers. Il revient donc au Droit de préserver les intérêts en présence et de parvenir à un équilibre entre la liberté du débiteur d'affecter ses biens comme il l'entend d'une part, et la protection des droits des créanciers d'autre part. C'est pourquoi n'importe quel intérêt ne peut mériter la création d'une universalité juridique. Si l'affectation est un acte qui a vocation à produire ses effets dans le temps, l'intérêt qui est à l'origine d'un ensemble universel ne peut être momentané, il doit avoir vocation à durer un certain temps⁹⁴¹. Comme toute affectation, celle-ci implique la permanence, quoique relative, de l'objectif poursuivi par l'acte. C'est ce qui est impliqué dans le mariage et la communauté légale mais c'est aussi le cas de l'indivision conventionnelle, surtout depuis 2006⁹⁴², qui a vocation à durer un certain temps⁹⁴³. De la même manière, les fonds communs de titrisation

d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans les relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale » (nous soulignons).

⁹³⁸ En ce sens, v. G. CHANTEPIE & M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016, n°992, p. 845.

⁹³⁹ Nous verrons que le Droit met déjà en place des règles permettant de contrer l'abus dans la création d'une universalité de droit, laquelle ne peut être détournée de son objectif, dès lors que les créanciers se voient offrir une protection efficace : cf. *infra* (n°412 et s.).

⁹⁴⁰ Cf. *supra* (n°318).

⁹⁴¹ En ce sens, Monsieur WICKER distingue les actes qui réalisent une affectation de ceux qui en assurent la perpétuation : G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°314 et s., p. 296 et s. ; dans son étude sur la notion, GUINCHARD consacre d'ailleurs la totalité de sa seconde partie à cette permanence de l'affectation : v. S. GUINCHARD, *th. préc.*, n°216 et s., p. 190 et s. ; dans le même sens : R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°163 et s., p. 113 et s.

⁹⁴² La réforme des successions portée par la loi du 23 juin 2006 a donné un nouveau visage à l'indivision, lui donnant un caractère durable alors qu'elle était autrefois marquée par la précarité. En ce sens : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°350-351, p. 516 et s. ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2010, n°560, p. 450 et s. ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°164, p. 319.

⁹⁴³ Même lorsqu'elle est temporaire et ne dure qu'un certain temps, l'indivision se construit autour d'une idée de durée. Parce qu'elle a vocation à régir une situation inhabituelle de concours d'un même droit sur un même chose, l'indivision s'inscrit, par nature, sur une période plus ou moins longue. C'est que l'intérêt qui fédère la masse indivise est un intérêt relativement durable. Dès 1804, le Code civil permettait d'ailleurs aux indivisaires d'interdire tout partage, permettant de maintenir l'indivision dans une période de cinq ans : v. aujourd'hui art. 1873-3, C. Civ.

sont créés en vue de la gestion sur une période relativement longue d'activité ; c'est d'ailleurs le but de leur existence. Il faut donc un intérêt suffisamment durable. Un intérêt légitime et durable implique également que l'intérêt fédérateur ne soit pas illicite.

276. Un intérêt licite. – Tout intérêt ne peut fédérer une universalité juridique dans la mesure où la poursuite de certains de ces intérêts n'est pas légitime au regard du Droit. La légitimité ne peut se réduire à la mauvaise intention car celle-ci n'est pas clairement définie, elle ne peut être clairement identifiée. C'est pourquoi il faut un cadre législatif pour délimiter l'étendue de la notion d'universalité juridique. En d'autres termes, sans aller dans le sens des auteurs du patrimoine d'affectation qui soutiennent qu'un nouveau patrimoine a besoin d'une consécration légale, il est possible de penser que le sujet est en réalité libre de créer autant d'universalités qu'il souhaite tant que celle-ci n'est pas interdite. Il est en effet curieux de voir l'hostilité des auteurs vis-à-vis de la libre création de certaines universalités spécifiques aux côtés de leur indifférence concernant la libre création d'une société unipersonnelle par exemple⁹⁴⁴. Concevoir la libre création des universalités permet de concilier le caractère supplétif des articles 2284 et 2285 du Code civil⁹⁴⁵ avec la prohibition de certaines universalités de droit. L'idée est par ailleurs cohérente avec les fondements même de la notion : le principe même de l'universalité juridique ne soulève pas de problème mais sa création peut potentiellement porter une atteinte trop importante aux droits des tiers⁹⁴⁶. Or si le Droit parvient à protéger ces derniers, il n'y a aucune raison de refuser à un débiteur le droit de créer un nouvel ensemble universel. Ce sont donc les universalités illicites qu'il faut

⁹⁴⁴ En ce sens, des auteurs écrivent d'ailleurs : « on peut certes se demander si l'EURL n'offre pas à certains un moyen de fraude (...). Mais au-delà des aberrations de comportement, l'utilisation de l'EURL pour limiter la responsabilité de l'associé est légitime (...) » : M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2016, n°1404, p. 594.

⁹⁴⁵ Cf. *infra* (n°309)

⁹⁴⁶ La notion d'universalité de droit s'est construite autour d'une opposition entre débiteur et créanciers. Retenir une acception large de l'intérêt légitime revient à laisser au juge la liberté d'apprécier, sur le fondement de l'équité, les universalités qu'il considèrera comme valable ou non. Cette souplesse est à bannir ou, du moins à nuancer, car elle engendre une trop grande insécurité juridique d'un point de vue pratique. Il est néanmoins possible, dans cette balance des intérêts, d'édicter une liste des universalités qui selon le Droit objectif porterait une trop grande atteinte aux droits des créanciers. Ce système, propre aux règles modernes, est inspiré des modèles sociologique et économique dont parle Monsieur FRYDMAN dans son ouvrage : « les jurisconsultes du 20^e siècle chercheront le principe de cette science [du droit] dans la voie du calcul plutôt que de l'interprétation. Plus précisément, ils fondent la solution des questions de droit et des cas difficiles sur les méthodes de mise en balance d'intérêts concurrents, dont le modèle sociologique et le modèle économique proposent des versions différentes » : B. FRYDMAN, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant 2011, n°204, p. 431.

déterminer et non celles qu'il faut autoriser⁹⁴⁷. C'est d'ailleurs ce qu'a déjà commencé à faire le législateur en interdisant la fiducie-libéralité⁹⁴⁸.

277. Le rejet de certains intérêts. – « Le droit ne se reconnaît pas comme la vérité, il s'établit par la lutte des intérêts, non par la vertu de raisonnements et de déductions, mais par l'action et l'énergie du vouloir général⁹⁴⁹ ». Il ne revient pas au juriste de décider quels sont les intérêts qui méritent ou non d'être reconnus par le Droit car le Droit technique ne doit pas, dans une certaine mesure, se construire à partir du Droit politique. Là où la liberté règne, il revient donc à la règle juridique, non pas de la limiter ou de l'interdire mais de l'encadrer pour la rendre efficace. La difficulté qui se présente dans la recherche d'une théorie générale de l'universalité de droit réside alors dans le départ entre la technique juridique qui naîtrait d'une observation des faits et d'une analyse des règles du droit positif et la politique législative qui n'est plus du ressort du juriste mais qui consiste à faire appel à l'économie et à la sociologie pour déterminer les besoins de la société. Du point de vue de la technique, la difficulté est celle d'une systématisation des intérêts interdits dans la création d'une universalité de droit. Autrement dit, il s'agit d'identifier les intérêts du débiteur qui, s'ils devaient fédérer une universalité juridique, porteraient une trop grande atteinte ou une atteinte injustifiée aux droits des créanciers.

278. L'objectif de protection des tiers. – Il existe plusieurs objectifs différents qui légitiment un encadrement plus ou moins fort dans la constitution d'une universalité de droit. Si la plupart des auteurs partent de l'idée selon laquelle l'intervention du législateur est nécessaire, il faut voir au contraire que la fiducie et l'EIRL sont deux formes d'universalité juridique suffisamment larges pour couvrir toutes les hypothèses d'intérêt distinct justifiant la création d'une universalité de droit. En effet, l'EIRL permet la création d'une universalité spécifique lorsqu'il s'agit de la poursuite d'un but lucratif. La fiducie gestion permet à son tour de faire des montages permettant la transmission à titre de paiement d'un ensemble de biens et de dettes et la fiducie sûreté permet d'instrumentaliser la propriété à des fins de garantie. Il faut d'ailleurs noter que même la fiducie-libéralité qui est interdite revient en

⁹⁴⁷ Il faut noter à ce titre que la fiducie du Code civil est l'universalité de droit la plus ouverte quant à son champ d'application. C'est en effet le contrat de fiducie qui détermine la mission du fiduciaire (art. 2018, 6°) de sorte que les intérêts qui justifient la création de ce type d'universalité de droit peuvent être très variés.

⁹⁴⁸ Art. 2013, C. Civ. : « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. »

⁹⁴⁹ R. VON JHÉRING, *L'évolution du droit*, Paris 1901, p. 173 ; dans le même sens, FR. GÉNY, *op. cit.*, n°169 et s., p. 144 et s.

réalité sous la forme des libéralités graduelles⁹⁵⁰. Face à la diversité des situations encadrées par les masses universelles actuellement en vigueur, il convient de noter que le débiteur/propriétaire est d'ores et déjà libre de créer toutes sortes d'universalité. Nous verrons par ailleurs que les créanciers se voient offrir une protection efficace permettant de parvenir à un équilibre entre les intérêts de chacun. La liberté de créer une universalité juridique trouve ainsi pour seule limite l'illicéité manifeste. La difficulté pour identifier l'intérêt fédérateur ne réside finalement pas dans l'identification de l'objectif poursuivi mais dans la façon dont cet intérêt se manifeste aux yeux des autres. Il s'agit, autrement dit, de savoir comment rendre opposable la distinction des intérêts d'une même personne⁹⁵¹.

B. L'intérêt distinct, un intérêt opposable

279. Les moyens d'identification de l'universalité de droit : l'opposabilité de l'intérêt distinct. – Une personne est libre de créer une universalité de droit tant qu'elle peut rendre opposable l'existence d'un intérêt distinct, légitime, durable et licite. Or l'existence d'un tel intérêt est liée à sa spécificité. Cette spécificité doit trouver une assise juridique dans son opposabilité aux tiers. Il n'est de droit ou de fait juridique qui ne soit pas opposable, sous peine de ne pas exister juridiquement⁹⁵². C'est donc sur l'opposabilité ou la publicité que repose tout le système d'affectation qui est au fondement de l'universalité de droit. L'intérêt fédérateur d'une universalité de droit est ainsi un intérêt qui a une existence propre, il se détache de l'intérêt général et indifférencié de la personne qui est à son origine. Ainsi, l'intérêt du couple se distingue aisément de l'intérêt de ses membres, l'intérêt professionnel de l'entrepreneur individuel se distingue (en théorie) de son intérêt personnel, l'intérêt du fiduciaire se distingue encore de l'intérêt du bénéficiaire. Ces exemples sont le résultat d'une dissociation opérée et reconnue par le Droit entre les différents intérêts d'une

⁹⁵⁰ En ce sens, v. H. DE RICHEMONT, Rapport n° 11, Sénat, 2006-2007, p. 43 ; X. DE ROUX, Rapport AN, n° 3655, p. 23 et s. ; G. BLANLUET & J.P. LE GALL, « La fiducie, une oeuvre inachevée (1re partie) », *Dr. sociétés* juill. 2007, Étude 9, n° 3 ; F. TRIPET, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2006, n° 294, p. 6 ; CL. WITZ, *JCl Civil code*, « Fiducie - Introduction et constitution », art. 2011 à 2030, fasc. 10, n° 31. Contra v. P. CROCQ, « Le coeur du dispositif fiduciaire », *RLDC* 2007/40, p. 61. Les fiducies libéralités se distinguent des libéralités graduelles en ce qu'elles offriraient un gage général à une catégorie spécifique de créanciers alors que la libéralité graduelle crée une véritable insaisissabilité qui ne bénéficie à personne d'autres.

⁹⁵¹ Cf. *infra* (n°321 et s.).

⁹⁵² Un auteur écrit ainsi que « l'opposabilité apparaît comme une qualité juridique autonome dont en principe tous les faits, actes, droits ou situations sont doués ». : J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984, n°7, p. 29.

même personne. Cette reconnaissance passe alors par l'opposabilité de ce nouvel intérêt aux tiers⁹⁵³.

280. L'opposabilité naturelle des intérêts collectifs. – Parce qu'il transcende les intérêts individuels de ses membres, l'intérêt collectif d'un groupe se présente naturellement comme un intérêt distinct, dont l'existence ne peut être contestée. La contradiction entre l'intérêt individuel d'un associé et l'intérêt social atteste bel et bien d'une dissociation entre ces intérêts. C'est d'ailleurs pour cette raison que les premières thèses du patrimoine d'affectation proposaient de ne retenir que les seuls intérêts collectifs comme étant susceptibles de fédérer une universalité juridique nouvelle⁹⁵⁴. En ce sens, l'intérêt collectif est naturellement distinct et donc naturellement opposable aux autres : il se suffit à lui-même pour asseoir son existence juridique. Cependant, d'autres universalités de droit, identifiées en droit positif, sont fédérées par un intérêt individuel. Il faut donc chercher les moyens de l'opposabilité, communs à tous les ensembles universels.

281. L'existence d'un intérêt distinct par la publicité. – Ce sont les formalités de création de l'universalité qui permettent d'asseoir l'existence juridique d'un intérêt distinct. La création d'une universalité de droit passe ainsi par un moyen, de fait ou de droit, de rendre l'apparition d'un nouvel intérêt opposable. La constitution d'une société passe ainsi, en théorie⁹⁵⁵, par l'immatriculation⁹⁵⁶ de celle-ci au registre du commerce et des sociétés⁹⁵⁷. De la même manière, la constitution d'un patrimoine fiduciaire est soumise à une exigence d'enregistrement⁹⁵⁸. Plus encore, les actes accomplis par le fiduciaire dans le cadre de sa mission doivent en faire la mention⁹⁵⁹. On constate que même pour les universalités dont

⁹⁵³ « En droit romain, (...) la personne morale (*corpus, collegium, universitas*) ne pouvait nullement se confondre avec la simple *societas*, par la raison que celle-ci, simple contrat producteur d'obligations, n'avait d'effet qu'entre ses membres, à l'intérieur de l'association et non à l'égard des tiers » : L. MICHOU, *op. cit.*, n°65, p. 148.

⁹⁵⁴ En ce sens, S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°388 et s., p ; 554 et s. ; G. WICKER, *op. cit.*, n°182 et s., p. 186 et s.

⁹⁵⁵ La société en participation ou la société créée de fait sont les deux exceptions notables à cette idée mais faute de personnalité morale, ces sociétés ne sont pas opposables aux tiers. Ainsi, l'article 1872-1 du Code civil prévoit que chaque associé engage son seul patrimoine à l'égard des tiers. En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2019, n°1765, p. 713.

⁹⁵⁶ Art. R.123-1 et s., C. Com.

⁹⁵⁷ Cette formalité participe bel et bien de l'opposabilité de l'existence de la société et, partant, d'un nouvel intérêt puisqu'aux termes de l'article 1843 du Code civil, « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation, avant l'immatriculation, sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas ». Cette règle montre bien que c'est pour l'information des tiers de l'existence d'une nouvelle personne juridique que la publicité intervient. Dans le même sens, PH. MERLE & A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Précis Dalloz 2017, n°95 et s., p. 115 et s.

⁹⁵⁸ Art. 2019, C. Civ.

⁹⁵⁹ Art. 2020, C. Civ.

l'autonomie est incomplète, l'opposabilité de l'intérêt est assurée par la loi. C'est ce qui résulte des articles 815-17 pour l'indivision et des articles 1410 et 1411 du Code civil pour la masse commune. L'opposabilité de l'intérêt qui fédère ces universalités est ainsi assurée par une délimitation des prérogatives que les tiers peuvent exercer sur les biens inclus dans ces ensembles universels. C'est donc l'opposabilité qui permet d'assoir l'existence juridique de ce nouvel intérêt. Mais l'intérêt distinct préexiste à l'universalité de droit et son opposabilité ne dépend pas uniquement de la publicité ou des règles légales mais également de la conformité des actes à la réalité de l'intérêt poursuivi. En d'autres termes, la publicité a pour fonction première de permettre l'opposabilité⁹⁶⁰ aux tiers mais également par les tiers⁹⁶¹. C'est en ce sens que les sociétés fictives d'un même groupe peuvent faire l'objet d'une réunion de patrimoines⁹⁶² comme un EIRL qui ne respecte pas l'exigence d'une comptabilité séparée peut voir ses « patrimoines » réunis⁹⁶³.

C. La distinction des intérêts individuel, collectif et commun

282. L'intérêt social, modèle d'intérêt collectif. – « La reconnaissance de l'autonomie patrimoniale de la personne morale suppose nécessairement une autonomie de l'intérêt de celle-ci⁹⁶⁴ ». L'intérêt social est un intérêt collectif qui, par essence, justifie la création d'une universalité de droit, d'un patrimoine nouveau. La question est alors de savoir ce qu'il faut entendre par intérêt collectif. Les débats doctrinaux relatifs à la notion d'intérêt social sont nombreux⁹⁶⁵. Elle souffre ainsi de l'absence d'une définition légale ou jurisprudentielle permettant à chacun de lui attribuer le sens qu'il entend. Trois conceptions de l'intérêt social se sont ainsi construites au fil du temps. Selon la première, dite contractuelle, l'intérêt social correspond à l'intérêt commun des associés et constitue la cause

⁹⁶⁰ En ce sens, les auteurs qui se sont penchés sur la notion de publicité foncière ont reconnu que « la constitution définitive d'un droit doté de sa pleine vigueur repose sur la décomposition de sa genèse en deux étapes : dans un premier temps où le consensualisme seul intervient, le droit sera constitué *inter partes* en observant les conditions requises à cette fin ; puis, en une seconde étape, il sera fait appel au formalisme unique garant de l'opposabilité aux tiers du droit ainsi créé » : A. FOURNIER, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Publicité foncière. Dans le même sens, v. J. PIEDELIÈVRE & S. PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière*, Lextenso-Defrénois 2014, n°7-8, p. 5-6.

⁹⁶¹ Nous verrons d'ailleurs que c'est l'opposabilité de l'affectation, opération à la source de l'universalité de droit, qui permet de donner une véritable existence juridique à l'ensemble universel : *cf. infra* (n°321 et s.).

⁹⁶² Com, 5 avril 1994, *Jeandet c/ Me Lafont* ; Com, 8 nov. 1988, *Rev. sociétés* 1990, 71 ; Com, 15 janv. 1992, *Bull. Civ. IV*, n°25 ; Com, 28 nov. 1989, *Rev. Sociétés* 1990, p. 240).

⁹⁶³ Ce sont *in fine* les contrôles de conformité à l'intérêt poursuivi qui permet d'assurer le droit des tiers : *cf. infra* (n°412 et s.).

⁹⁶⁴ A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mélanges B. MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre 20002, p. 332.

⁹⁶⁵ J.P. BERTREL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Dr. & Patrim.* Avril 1997, p. 42

du contrat de société⁹⁶⁶. La conception institutionnelle fait ensuite de l'intérêt social, l'intérêt qui transcende la collection des intérêts individuels de chaque associé⁹⁶⁷. La doctrine de l'entreprise a, enfin, proposé sa propre conception de l'intérêt social comme l'intérêt de la structure dont la société ne serait que l'enveloppe⁹⁶⁸. Le droit positif semble avoir pris le parti de la conception institutionnelle de l'intérêt social. Les rapports qu'entretiennent la notion d'intérêt social et celle de groupe de sociétés attestent de la prévalence de cette conception. L'intérêt d'une des sociétés peut en effet s'effacer derrière l'intérêt commun du groupe depuis l'arrêt ROZENBLUM⁹⁶⁹. À l'échelle d'une unique société, l'intérêt social prime également sur la volonté unanime des associés lorsqu'il est question du cautionnement consenti par la personne morale, de sorte que l'intérêt commun des associés ne peut se confondre avec l'intérêt social⁹⁷⁰. En ce sens, l'intérêt collectif – que représente l'intérêt social – doit être présenté comme celui du groupement qui transcende les intérêts individuels de ses membres.

283. L'assimilation de l'intérêt collectif à un intérêt individuel. – Dès lors que le groupement acquiert un intérêt qui lui est propre, ne serait-il pas possible d'assimiler l'intérêt collectif à un intérêt individuel ? Parce que la personnalité morale est accordée à tout groupement doté d'une capacité d'expression collective, d'un moyen d'unifier (fictivement) une volonté exprimée, il y a dans un tel groupement, non seulement l'apparition d'un intérêt supérieur mais surtout un moyen de l'exprimer, de le rendre opposable à tous. En ce sens, les professeurs ZENATI et REVET écrivent : « la loi de la majorité (que celle-ci soit simple ou qualifiée) est une technique de mise en œuvre d'un intérêt distinct de celui des sujets dont la décision contribue à former la décision majoritaire⁹⁷¹ ». C'est d'ailleurs ce que défendait déjà

⁹⁶⁶ En ce sens, v. par exemple, D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, n°404 ; PH. GOUTAY & FR. DANOS, « De l'abus de la notion d'intérêt social », *D. Affaires* 1997, p. 877 et s. Ces auteurs s'appuient sur l'idée selon laquelle si les associés peuvent décider de la naissance et de la mort de la société alors l'intérêt de la société ne peut être que l'intérêt des associés.

⁹⁶⁷ En ce sens, v. notamm. A. CONSTANTIN, *art. préc.*, spéc. n°28 et s., p. 335 et s. ; PH. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, n°1 et s. ; G. GOFFAUX-CAILLEBEAUX, « La définition de l'intérêt social », *RTD Com.* 2004, p. 35 et s. ; P. LE CANNU & B. DONDERO, *op. cit.*, n°279, p. 189-190 ; M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *op. cit.*, n°555 et s., p. 247 et s.

⁹⁶⁸ G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Mélanges R. Savatier*, PUF 1992, p. 143 et s.

⁹⁶⁹ Crim. 4 févr. 1985, *Bull. Crim.*, n°54 ; *D.* 1985, p. 478, note D. OHL ; *Rev. Sociétés*, 1985, p. 648, note B. BOULOC ; *JCP E* 1985, II, 14614, note. W. JEANDIDIER.

⁹⁷⁰ V. les célèbres arrêts en la matière : Com 13 nov. 2007, n°06-15826, *Dr. & Patrim.* 2008, obs. L. AYNÈS & PH. DUPICOT ; *JCP E* 2008, 1280, obs. J.J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY & G. WICKER ; Civ. 2e, 13 mars 2008, n°06-16077, *RD. Banc. & Fin.* 2008, comm. 70 A. CERLES ; Com. 8 nov. 2011, n°10-24438, *Gaz. Pal.* 2011, n°356, p. 13, obs.. M.P. DUMONT-LEFRAND ; *JCP E* 2012, 1087, note. J.F. CARRÉ & S. BOL ; *D.* 2012, p. 415, note. E. SCHLUMBERGER ; *Defrénois* 2012, art. 40393, obs. S. CABRILLAC ; Civ. 3e, 12 sept. 2012, n°11-17948, *Bull. Civ. III*, n°121, *Rev. Sociétés*, 2012, n°178, note. R. MORTIER. V. également en ce sens, M. GERMAIN, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Mélanges P. LE CANNU*, LGDJ 2014, p. 289.

⁹⁷¹ FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°351, p. 519.

MICHOUD au sujet de l'État ou de la commune⁹⁷². Mais l'intérêt collectif n'est pas forcément personnifié⁹⁷³, de sorte que la personnification est une conséquence possible de l'existence d'un tel intérêt, mais pas une conséquence nécessaire. Un intérêt collectif peut donc être « individualisé » par la personnification et se muer en un intérêt individuel⁹⁷⁴.

284. Intérêt collectif et intérêt commun. – S'il existe un intérêt collectif, supérieur aux intérêts convergents des associés au sein d'une société, il convient alors de distinguer intérêt collectif et intérêt commun. L'intérêt collectif est celui qui, partagé par tous les membres d'un même groupe, accède à un tel niveau de cohésion qu'il devient intérêt unique. C'est tout le sens de l'intérêt qui transcende, qui dépasse les individus d'un groupement⁹⁷⁵. Au contraire, l'intérêt commun correspond à la convergence d'intérêts individuels qui, s'ils vont dans le même sens, peuvent parfois se contredire ou s'opposer⁹⁷⁶. Le Professeur PATARIN a ainsi écrit que « tenant compte de ce que l'indivision ne constitue pas une personne morale, exprimant un intérêt collectif séparable des intérêts de ses membres, on peut dire que l'intérêt commun des indivisaires correspond à l'intérêt personnel de tous les indivisaires en tant qu'indivisaires⁹⁷⁷ ». C'est ainsi que l'intérêt de la famille l'emporte parfois sur l'intérêt de l'un des époux lorsqu'il est question de changer de régime matrimonial⁹⁷⁸. Plus précisément, la Cour de cassation peut admettre que la conformité à l'intérêt de la famille en cas de changement de régime peut être respectée lorsque ledit changement est motivé par la considération de l'intérêt d'un seul des époux, pris isolément⁹⁷⁹. La difficulté pour dissocier ces deux types d'intérêts pluraux réside dans l'identification du caractère supérieur de l'intérêt collectif. Il aurait été possible, en théorie, de le définir de

⁹⁷² L. MICHOUD, *op. cit.*, n°55 et s., p. 120 et s.

⁹⁷³ On pense par exemple aux fondations ou aux fonds communs de titrisation ou de placement.

⁹⁷⁴ Ainsi peut-on considérer que « la personne morale peut être propriétaire de biens meubles et immeubles, sans qu'on puisse considérer les membres du groupement comme copropriétaires de ces biens. Il n'y a ni copropriété, ni indivision. On en revient, par conséquent à la propriété individuelle, mais à une propriété individuelle fortement teintée de préoccupations collectives. » : FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°547, p. 438.

⁹⁷⁵ En ce sens, M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, éd. Montchrestien 1994, n°173 et s., p. 89 et s. ; A. JAUFFRET & J. MESTRE, *Droit commercial*, LGDJ 1998, n°253, p. 105 et s.

⁹⁷⁶ En ce sens, M. MEKKI, in *Dictionnaire des biens communs*, (dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD), PUF 2017, V°Intérêt collectif & V°Intérêt commun. *Contra.* B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de la personnalité juridique en droit privé*, PUAM 2006 : l'auteur tente de montrer qu'il n'existe en réalité pas de différence entre les groupements dotés de la personnalité juridique et ceux qui en sont dépourvus.

⁹⁷⁷ J. PATARIN, « Un indivisaire peut être autorisé à aliéner seul un bien indivis », *RTD Civ.* 1991, p. 378.

⁹⁷⁸ V. par exemple Civ. 1^e, 29 mai 2013, n°12-10027, Bull. Civ. I, n°115, *D.* 2013, p. 2088, note J. SOUHAMI ; *D.* 2013, p. 2245, obs. V. BTÉMOND ; *LPA* 2013, n°134, note J.G. MAHINGA ; *RJPF* 2013-9/17, note. F. VAUVILLÉ ; *Defrénois* 2013, p. 1146, obs. G. CHAMPENOIS ; *Defrénois* 2014, p.14, note ROUSSEAU.

⁹⁷⁹ C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'assurer la protection pécuniaire du conjoint survivant : Civ. 1^e, 6 janv. 1976, n°74-12212, Bull. Civ. I, n°4, *GAJC* Dalloz 2007, n°90 ; *D.* 1976, p. 253, note. A. PONSARD ; *JCP G* 1976, II, 18461, note J. PATARIN ; *Defrénois* 1976, p. 787, note A. PONSARD.

manière négative c'est-à-dire en considérant que dès lors que les intérêts individuels ne peuvent s'opposer, il y a un intérêt collectif et non commun. Mais dans ce cas, on ne saurait expliquer les problèmes de majorité et de minorité au sein d'une société. Mais la relation entre les deux types d'intérêts pluraux s'est amenuisée au fil du temps et société et indivision, qui sont les deux parangons respectifs de l'intérêt collectif et de l'intérêt commun, se sont considérablement rapprochées⁹⁸⁰.

285. Rapprochement des intérêts fédérateurs au sein de la société et de l'indivision⁹⁸¹. – Le départ entre ces deux catégories d'intérêts semble pouvoir être fondé sur le caractère supérieur ou transcendantal de l'intérêt collectif (vis-à-vis de l'intérêt individuel des membres du groupe). Comment alors déterminer si tel intérêt est supérieur ou non ? Certains voient, dans l'introduction de la règle de la majorité au sein de l'indivision, la reconnaissance d'un intérêt supérieur qui transcende la poursuite des désirs individuels de chaque indivisaire. L'argument est pertinent mais il n'est pas décisif et il faut en réalité se garder de voir dans l'indivision, une nouvelle personne morale. D'une part, la règle de l'unanimité demeure aux côtés de la majorité⁹⁸². D'autre part, l'indétermination de l'intérêt poursuivi empêche d'y voir un véritable intérêt supérieur. On peut en effet observer que la décision collective des indivisaires est d'opportunité, elle ne poursuit pas de but spécifique

⁹⁸⁰ En ce sens déjà avant la réforme de l'indivision de 2006 : C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD Civ.* 1979, p. 645 et s. ; F. CAPORALE, « Société et indivision », *Rev. sociétés* 1979, p. 265 et s. ; FL. DEBOISSY & G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 225 et s., spéc., n°1 à 41 ; J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision », *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 331 et s.

⁹⁸¹ De nombreux auteurs voient dans le nouveau régime de l'indivision, un rapprochement avec la société. Certains vont jusqu'à soutenir qu'il existe un domaine commun d'application permettant aux membres d'un groupement de choisir entre société et indivision. Deux constats s'imposent alors. Pour ces auteurs, si les deux notions ne s'opposent pas, elles ne se confondent pas non plus. Par ailleurs, la distinction ne reposerait, selon ces auteurs, sur aucun élément objectif et relèverait ainsi de la liberté contractuelle. V. FL. DEBOISSY & G. WICKER; art. préc. ; v. également des mêmes auteurs, *JCl C. Civ., Fasc. 60, Successions – Indivision – Indivision et société*.

L'argumentaire est convaincant mais il revient à permettre à tout groupement de choisir entre le régime des sociétés ou de l'indivision, ce qui est incompatible avec le rôle de qualification et surtout de requalification que la jurisprudence a confié aux juges du fond. De la même manière, il est peu cohérent de voir une option entre les deux universalités, alors que lorsque les conditions de la société ne sont pas réunies, la société en participation est soumise au régime de l'indivision. Nous pensons donc que société et indivision se distinguent selon un critère essentiel qui réside dans l'intérêt qui est au fondement de leur création.

⁹⁸² Le troisième alinéa de l'article 815-3 prévoit ainsi que « le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3° (du même article c'est-à-dire les actes de disposition servant à payer les dettes et charges de l'indivision) ». Par ailleurs, la transformation d'un bien indivis (Civ. 3°, 9 mars 1994, Bull. Civ. III, n°48 ; *D.* 1995, Somm., 162, obs. ROBERT ; *RTD Civ.* 1995, p. 654, obs. FR. ZÉNATI) ou l'apport en société (Civ. 1°, 5 avril 2005, Bull. Civ. I, n°169 ; *D.* 2005, IR 2121, obs. V. BRÉMOND ; *RTD Civ.* 2005, p. 801, obs. TH. REVET) devraient continuer normalement être soumis à l'unanimité. En ce sens, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *ibid.*

et n'est pas destinée à un objectif fixé et opposable à tous et par tous⁹⁸³. À l'inverse, la décision, prise en assemblée générale ou par le représentant d'une société, est guidée par la poursuite d'un intérêt social, lequel vise la réalisation de l'objet social qui est inscrit dans les statuts et publié. C'est la conformité à cet objet et, partant à cet intérêt, qui limite les pouvoirs des organes sociaux sur les biens de l'universalité. C'est donc qu'un associé, voire un tiers, peut opposer cet intérêt à ces organes. En d'autres termes, il n'existe pas, aux yeux des tiers, d'intérêt de l'indivision là où il existe un intérêt de la société ; les associés ou les organes compétents peuvent agir pour l'intérêt social là où l'indivisaire agira pour son intérêt, qui peut s'avérer commun à celui d'autres, mais qui ne correspondra jamais à l'intérêt de l'indivision⁹⁸⁴.

286. L'intérêt commun et l'universalité de droit. – Tous les groupements de personnes qui sont un minimum durable donne lieu à une universalité de droit. Mais lorsque l'intérêt n'est pas assez fort pour se dissocier, pour l'emporter sur les intérêts individuels de ses membres, c'est une universalité dont l'autonomie sera moins forte qui se crée. Néanmoins, lorsque l'intérêt n'est pas assez distinct, comme c'est le cas pour les groupes de sociétés, il ne peut y avoir de nouvelle universalité. Dans le cas d'un groupe de sociétés, la jurisprudence s'assure que l'intérêt poursuivi par le groupe ne porte pas atteinte aux intérêts de chacune des sociétés qui en font partie⁹⁸⁵. Il n'y a pas cette idée de transcendance d'un intérêt sur l'autre mais plutôt une idée de compromis. L'esprit de l'indivision, fondée sur une vision individualiste de la propriété⁹⁸⁶, demeure pourtant aujourd'hui malgré la réforme de 2006⁹⁸⁷. L'indivision ne peut être personnifiée parce qu'elle ne correspond pas à un intérêt collectif qui transcende les intérêts individuels des indivisaires, la preuve en est que le juge est obligé de trancher lorsqu'un ou plusieurs indivisaire(s) demande(nt) l'attribution préférentielle de biens inclus dans la masse indivise⁹⁸⁸. Pourtant, l'intérêt commun, qui

⁹⁸³ On notera à ce titre que les quatre actes visés par l'article 815-3 du Code civil qui autorise la prise d'acte à la majorité des deux tiers ne concernent que des actes ponctuels ne pouvant nuire aux intérêts individuels de chaque indivisaire.

⁹⁸⁴ En ce sens, un auteur s'est penché sur les interférences que peuvent avoir les intérêts collectif et individuel au sein des groupements dotés de la personnalité morale. Il en déduit que si ces intérêts sont parfois distincts, ils peuvent, d'autres fois, « se confondre ou au moins se chevaucher » : J.P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ 1977, n°196 et s., p. 269 et s.

⁹⁸⁵ V. l'arrêt ROZENBLUM précité.

⁹⁸⁶ FR. ZÉNATI sur la propriété collective dans mélanges Goubeaux, p. 589 ; J. PATARIN, « La double face du régime de l'indivision », in *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 331

⁹⁸⁷ V. *contra* FR. ZÉNATI & TH. REVET, *ibid.* : les auteurs y voient une personnification et, par là même, une dénaturation de l'indivision.

⁹⁸⁸ V. par exemple Civ. 1^{er}, 2 oct. 1979, Bull. Civ. I, n°232, *D.* 1980, p. 360, obs. BRETON ; Civ. 1^{er}, 19 mars 2008, Bull. Civ. I, n°85, *JCP G* 2008, IV, 1758 ; *AJ Fam.* 2008, p. 156, obs. BICHERON.

justifie la situation d'indivision ou son maintien, demeure un intérêt distinct. Il serait autrement difficile d'expliquer la distinction des gages entre les créanciers des indivisaires et ceux de l'indivision. Comment distinguer alors intérêt collectif et intérêt commun ?

287. Critères de distinction entre intérêt collectif et intérêt commun. – Cette idée selon laquelle les deux catégories d'intérêts pluraux se distinguent ne repose pas uniquement sur le caractère « supérieur » ou transcendantal de l'intérêt collectif mais également sur des éléments techniques identifiables. L'intérêt commun semble d'abord se caractériser par son caractère relativement temporaire quand l'intérêt collectif trouve une assise dans la durée. Ainsi, l'indivision est-elle, sauf exception, une situation précaire qui peut disparaître à la demande d'un des indivisaires⁹⁸⁹ ou d'un de leurs créanciers⁹⁹⁰. On retrouve cette même précarité dans la masse commune puisque l'un des époux peut demander à sortir de l'union⁹⁹¹. Si l'affectation qui justifie l'apparition de ces ensembles universels commande un minimum de permanence⁹⁹², celle-ci demeure moindre par rapport à celle dont jouissent les universalités autonomes⁹⁹³. Ensuite, l'intérêt commun se caractérise par des contours non déterminés et dont l'appréciation sera toujours faite *in concreto*. Ainsi, le juge peut être appelé à donner une substance à l'intérêt commun de manière ponctuelle et opportune lorsque le comportement d'un des membres du groupement est susceptible de mettre cet intérêt en péril⁹⁹⁴. À l'inverse, l'intérêt collectif est toujours défini dans un acte déclaratif opposable aux tiers ou par les tiers⁹⁹⁵.

288. Dualité des intérêts fédérateurs d'universalités. – Les intérêts fédérateurs d'universalité peuvent, à travers les exemples de la société, de l'indivision et du patrimoine, être divisés en deux catégories : l'intérêt individuel ou individualisé d'une part et l'intérêt commun d'autre part. S'il existe une différence entre intérêt collectif et intérêt commun, il semble y avoir en revanche une similitude entre intérêt collectif et intérêt individuel, du

⁹⁸⁹ L'article 815 du Code civil prévoit bien que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué (...) ». Les articles suivants prévoient les situations où le partage fait l'objet d'un sursis mais celui-ci est toujours limité dans le temps.

⁹⁹⁰ L'article 815-17 prévoit dans son dernier alinéa la faculté pour les créanciers personnels de chaque indivisaire de provoquer le partage, ce qui constitue une déclinaison de l'action oblique.

⁹⁹¹ Les cas de divorce prévus à l'article 229 permettent aux époux de rompre le lien conjugal par une décision commune ou par une décision unilatérale (sous les conditions des articles 237 et suivants).

⁹⁹² Cf. *supra* (n°57).

⁹⁹³ Nous verrons que c'est en réalité parce que, par nature, les universalités fédérées par un intérêt commun sont destinées à un partage : cf. *infra* (n°546)

⁹⁹⁴ Art. 815-5, al. 1, C. Civ. (pour l'indivision) et article 217 (pour les époux).

⁹⁹⁵ L'intérêt social s'entend ainsi non seulement de l'intérêt social légal mais également de l'intérêt social statutaire. L'intérêt de l'EIRL fait l'objet d'une déclaration publiée, le contrat de fiducie est également publié tout comme l'immatriculation du navire. Toutes ces universalités font l'objet d'un acte opposable à tous.

moins du point de vue de l'universalité juridique. L'intérêt collectif étant celui qui dépasse les intérêts des membres du groupement, il est systématiquement individualisé. C'est d'ailleurs ce qui justifie le recours, par la jurisprudence, à la théorie de la réalité de la personnalité morale⁹⁹⁶. Ainsi, si tout intérêt collectif peut être personnifié pour devenir l'intérêt d'un nouveau sujet, ne peut-on pas considérer qu'il s'agit là d'un intérêt fictivement individuel, d'un intérêt individualisé ? Par ailleurs, cette dichotomie entre l'intérêt individuel ou individualisé d'un côté et l'intérêt commun de l'autre, semble pouvoir expliquer la différence de degré dans l'autonomie des différents ensembles universels.

289. Cartographie des intérêts. – L'intérêt fédérateur d'une universalité de droit peut être de plusieurs natures différentes : individuel, collectif ou commun. D'abord, l'intérêt individuel susceptible de créer une universalité de droit n'est finalement que l'intérêt d'une personne juridique seule qui se détache de l'intérêt général et indifférencié de cette même personne. Ainsi l'activité professionnelle de l'EIRL est-elle rendue distincte, par l'acte constitutif de l'universalité, des autres intérêts de l'entrepreneur. L'intérêt commun ensuite, que l'on retrouve dans l'indivision, est une convergence de plusieurs intérêts individuels, rendue opposable aux tiers. L'intérêt collectif, enfin, est l'intérêt d'un groupe qui transcende les intérêts individuels de chacun de ses membres. Ce dernier intérêt semble donner naissance à une nouvelle personne juridique et, partant, à un nouveau patrimoine. Plusieurs exemples d'apparitions, presque accidentelles, de personnes morales en raison de l'identification d'un intérêt collectif, peuvent être donnés : ainsi la masse des porteurs de valeurs mobilières⁹⁹⁷ ou le syndicat des copropriétaires⁹⁹⁸ constituent-ils des groupements dotés de la personnalité morale, ce qui leur permet de défendre un intérêt patrimonial bien distinct de l'intérêt individuel de chaque membre. L'intérêt collectif permet donc de fédérer la création d'une universalité juridique à travers la technique de la personnalité morale. Autrement dit, l'intérêt collectif est un intérêt qui a été individualisé car il s'agit ici de créer un patrimoine à plusieurs. Les deux autres intérêts permettant de fédérer les universalités juridiques sont finalement l'intérêt commun et l'intérêt individuel.

⁹⁹⁶ En ce sens, les professeurs ZÉNATI et REVET écrivent d'ailleurs que « toute copropriété est, dans notre droit, candidate à la personnification (...). Il suffit qu'elle se dote d'une possibilité d'expression collective pour que s'opère une métamorphose, conformément à la théorie de la réalité technique des personnes morales adoptée par la jurisprudence. » : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *op. cit.*, n°351, p. 522.

⁹⁹⁷ Art. L.228-103, C. Com. Comp. art. L.228-46 pour la masse d'obligataire.

⁹⁹⁸ Art. 14, loi n°65-557 du 10 juill. 1965.

II. Application de la distinction : classification des universalités

290. Universalités parfaite et imparfaite. – La différence de degrés dans l'autonomie patrimoniale est la conséquence d'une distinction entre les universalités juridiques. Elle traduit la vigueur avec laquelle l'universalité se distingue du patrimoine légal⁹⁹⁹. En ce sens, il convient donc de partir du résultat, de cette autonomie, pour distinguer deux sous-catégories d'universalités : parfaite et imparfaite. L'universalité sera dite parfaite lorsqu'elle parvient à l'aboutissement de son autonomie, lorsqu'elle est complète. Sont donc des universalités parfaites, les ensembles universels qui se détachent entièrement du patrimoine légal. L'universalité parfaite semble pouvoir trouver son fondement dans l'autonomie de l'intérêt qui la fédère et dans l'exclusivité qu'elle offre aux créanciers qui acquiert des droits sur les biens qui la composent. En d'autres termes, l'universalité parfaite est celle qui crée une corrélation exclusive entre l'actif et le passif. Cette exclusivité semble pouvoir être fondée sur la nécessité de séparer deux intérêts individuels. À l'inverse, l'universalité de droit imparfaite est l'ensemble universel où la corrélation entre l'actif et le passif ne crée qu'une préférence, une subsidiarité et non une exclusivité aux créanciers de chaque masse. La corrélation entre biens et dettes ne sert donc plus le même objectif. Cette dissociation des deux types d'universalité peut trouver une correspondance dans l'opposition entre intérêt commun (A) et intérêt individuel (B).

A. Intérêt commun et universalité imparfaite

291. Intérêt commun et création d'un ensemble universel. – L'intérêt commun implique un regroupement de personnes. En ce sens, tout intérêt commun est susceptible de fonder la création d'une universalité de droit. Pourtant, tout intérêt commun ne donne pas lieu à une telle universalité. L'intérêt ne suffit donc pas, il faut une volonté pour la mettre en œuvre. Or l'universalité juridique naît de l'affectation de biens à la poursuite d'une activité d'une part, puis de l'affectation de ces mêmes biens à la garantie de certaines dettes d'autre part. Si l'universalité naît d'une affectation et que l'affectation naît de la volonté, alors l'universalité de droit naît d'une volonté. Rappelons ici que la volonté qui tend à l'affectation de biens à la garantie de dettes peut être légale, conventionnelle ou unilatérale. L'indivision peut être légale ou conventionnelle par exemple. Il est ainsi des groupements de personnes,

⁹⁹⁹ Rappelons ici que l'universalité de droit est celle qui, construite sur le modèle du patrimoine, ne s'analyse qu'au regard de ce dernier : *cf. supra* (n°203 et s.)

œuvrant pour un intérêt commun, qui ne donnent pas lieu à des universalités de droit. Les groupements qui demeurent en dehors du droit tels que les sociétés en participation ou les concubins par exemple constituent des ensembles de personnes dont les intérêts convergent vers un but commun. Ils ne justifient pourtant pas la création d'une universalité juridique, à défaut d'une affectation opposable de biens à la poursuite de ces intérêts. C'est donc l'acte d'affectation qui donne, une fois encore, une consistance juridique à l'intérêt commun permettant de fédérer une universalité juridique. Il faut un intérêt opposable.

292. Intérêt commun et autonomie patrimoniale. – Parce que l'intérêt commun est un intérêt suffisamment distinct pour pouvoir être opposé aux tiers mais pas assez pour justifier la création d'un groupe personnifié, il se confond parfois avec l'intérêt individuel de ses membres. Il est ainsi doté d'une souplesse dont l'intérêt collectif – qui donne naissance à une personne morale – est dépourvu. Mais cette souplesse semble accompagnée d'une transparence à l'égard du patrimoine légal. En effet, l'autonomie patrimoniale dont jouissent les universalités de droit fédérées par un intérêt commun ne semble pas aboutie. En ce sens, toute universalité créée autour d'un intérêt commun ne peut qu'être imparfaite : les créanciers qui obtiennent des droits sur celui-ci continueront d'avoir un droit sur le patrimoine légal des membres qui en sont à l'origine. C'est ainsi que dans l'indivision, légale ou conventionnelle, ou dans le régime légal de communauté réduite aux acquêts, la communauté d'intérêt qui est à l'origine de l'ensemble universel n'est pas assez distinct pour donner audit ensemble une autonomie complète. Les créanciers de l'indivision ou ceux de la masse commune peuvent alors avoir accès aux biens qui se trouvent dans le patrimoine légal des indivisaires ou de chacun des époux¹⁰⁰⁰. L'autonomie étant ici incomplète, l'universalité de droit sera qualifiée d'imparfaite.

293. L'universalité imparfaite, une universalité temporaire. – L'universalité imparfaite n'existe par ailleurs que de manière intermédiaire. Elle est fondée sur l'idée que l'ensemble ainsi créé n'a pas vocation à durer éternellement. Ainsi, l'indivision comme la masse commune est destinée à être liquidée et l'idée d'un partage est toujours présente. Il aurait été possible de dire ici que certaines indivisions ont vocation à durer, comme ce peut être le cas avec la copropriété des immeubles bâtis. Mais l'objectif n'est alors plus le partage ; mais dans ce cas, peut-on encore parler d'indivision ou même d'universalité¹⁰⁰¹ ? Les dettes

¹⁰⁰⁰ Art. 815-17, C. Civ. concernant l'indivision et article 1413, C. Civ. concernant la masse commune.

¹⁰⁰¹ On notera à ce sujet que la copropriété des immeubles bâtis est, à l'origine, l'objet d'une unique disposition purement pragmatique ; l'ancien article 664 prévoyait ainsi que « lorsque les différents étages d'une maison

sont-elles garanties par les biens contenus dans l'ensemble ? Y a-t-il même un ensemble ? Une réponse négative semble devoir s'imposer car comme l'écrit un auteur, « un terme unique, le mot indivision, couvre donc deux notions distinctes : l'indivision de type classique, provisoire et inorganisée, et l'indivision forcée, perpétuelle parce que nécessaire et comportant un minimum d'organisation, parce que non-provisoire.¹⁰⁰² ». Par ailleurs, on observe que dans ces deux situations particulières, le régime de l'indivision est inapplicable¹⁰⁰³. Ainsi a-t-il longtemps été débattue la question de savoir si la copropriété des immeubles bâtis pouvait être qualifiée d'indivision alors que tout droit au partage doit en être exclu¹⁰⁰⁴. C'est enfin la personnification du syndicat de copropriété et, partant, le recours à la personne morale, qui empêche de voir dans le statut de copropriété des immeubles bâtis, une véritable universalité spécifique, la seule qui apparaisse ici étant le patrimoine légal du syndicat¹⁰⁰⁵. L'inexistence d'un passif propre ou d'une assiette sur laquelle porterait le droit de gage général des créanciers de la copropriété empêche ainsi d'y voir une universalité spécifique : c'est un simple patrimoine¹⁰⁰⁶.

294. Définition de l'universalité imparfaite. – Fédérée par un intérêt dont l'opposabilité n'est que relative, l'universalité imparfaite entraîne, en raison de son caractère

appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite ».

¹⁰⁰² R. NERSON, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », in *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz 1965, p. 719-720. Dans le même sens, J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision », in *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 331 et s. ; H. GAZIN, th. Dijon 1910, p. 371 et s.

¹⁰⁰³ DEMOLOMBE écrivait d'ailleurs au sujet des immeubles bâtis que « la règle écrite dans l'article 815, que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, n'est pas alors applicable ; cette exception est fondée sur la plus évidente de toutes les lois, sur la nécessité et sur l'impossibilité où se trouverait chacun des propriétaires d'user de la chose qui lui appartient exclusivement, s'il était privé de sa copropriété dans la chose commune, qui en est l'appendice indispensable. (...) Cette hypothèse offre un mélange assez étrange de plusieurs droits de différentes natures, de propriétés distinctes, de mitoyennetés et de servitudes réciproques » : C. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes ou services fonciers*, éd. A. DURAND & L. HACHETTE & Cie., Paris 1863, n°425, p. 520-521.

¹⁰⁰⁴ P. HÉBRAUD, « A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartements », *RTD Civ.* 1938, p. 23 et s. ; A. DECOCQ, « La division des immeubles par appartement dans les partages », *RTD Civ.* 1960, p. 569 et s. ; G. GOUBEAUX, *Essai sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit français*, th. Nancy 1910 ; DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°445, p. 536-537.

¹⁰⁰⁵ Le Professeur Dross écrit ainsi justement que malgré la personnalité juridique du syndicat, « l'immeuble demeure la propriété indivise de ses membres ». Pourtant, « gérant l'immeuble, c'est lui seul qui est engagé par les contrats relatifs à cette gestion et donc par le passif en résultant » : W. DROSS, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°218, p. 411 ; dans le même sens, J.M. ROUX, « Le patrimoine du syndicat des copropriétaires », *Dr. & Patrim.* 2004/08, p. 48 et s., l'auteur y écrit que les copropriétaires sont « comme des débiteurs de second rang, garants de l'exécution des engagements contractés à leur profit ».

¹⁰⁰⁶ On peut d'ailleurs noter que la personnalité morale du syndicat de copropriété même est spéciale. Elle échappe par exemple à toute liquidation judiciaire : art. 29-1 et s., loi n°65-557 du 10 juillet 1965.

plural, une superposition à l'égard du patrimoine légal¹⁰⁰⁷. L'universalité ainsi créée ne bénéficie donc pas d'une autonomie complète. Autrement dit, elle crée comme toute universalité juridique, une distinction entre les créanciers. Certains d'entre eux voient donc leur droit de gage général limité par la création de l'ensemble universel mais d'autres voient, au contraire, leur gage s'étendre. Cet aspect, propre aux universalités imparfaites semble toujours correspondre à la poursuite d'un intérêt commun au sein d'un groupe. Parce qu'un tel intérêt n'est pas assez distinct de l'intérêt général et indifférencié de chacun des membres du groupement, l'universalité imparfaite a vocation à s'ajouter, à se superposer au patrimoine légal de chaque membre. Ainsi, le Droit admet-il le cumul de plusieurs universalités juridiques si, au moins l'une d'elles est imparfaite¹⁰⁰⁸. On peut par exemple ajouter à une masse commune, une indivision¹⁰⁰⁹. On peut également créer une indivision avec une société. Cette particularité semble propre aux universalités imparfaites dans la mesure où l'intérêt commun qui les fédère n'est pas individualisé¹⁰¹⁰.

B. Intérêt individuel et universalité parfaite

295. L'intérêt collectif, un intérêt individualisé. – « La reconnaissance de la personnalité morale est la conséquence et non la cause de la constitution d'un patrimoine autonome à l'égard duquel plusieurs personnes sont titulaires de droits.¹⁰¹¹ ». L'intérêt collectif est individualisé en raison de la volonté partagée entre plusieurs personnes, de créer une universalité autonome. Parce qu'elle peut être individualisée et opposée aux tiers comme telle, cette universalité va atteindre une autonomie complète qu'il convient de qualifier alors de parfaite. Parmi ces universalités parfaites, celles qui existent pour le compte de plusieurs personnes et où l'intérêt collectif devient un intérêt unique justifient la création d'un patrimoine nouveau. C'est alors l'opposabilité de cette volonté commune et unique qui justifie de passer par la personnalité juridique, seule apte à représenter une telle volonté. Mais il semble exister des degrés dans l'apparition de cette commune volonté car certaines se meuvent par la poursuite d'une activité quand d'autres sont seulement motivées par la

¹⁰⁰⁷ Cf. *infra* (n°383)

¹⁰⁰⁸ Cf. *infra* (n°385 et s.)

¹⁰⁰⁹ A. FOURNIER, « L'indivision entre époux communs en biens », in *Mélanges B. GROSS*, PU Nancy 2009, p. 537.

¹⁰¹⁰ En ce sens, FR. BARRIÈRE & R. ELINEAU, « L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ? », *Dr. des sociétés* 2011, étude 8 ; FR. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'indivision dans les sociétés en participation », *JCP* 1980, I, 2970 ; P. PUIG, « Société et indivision : bref retour vers le futur », *Journ. sociétés*, n°53, avr. 2008, p. 53 ; FR. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, LGDJ 1968.

¹⁰¹¹ F.H. SPETH, *th. préc.*, n°121, p. 103.

recherche commune d'un profit individuel. C'est ainsi qu'on distingue la société des groupes de sociétés ou qu'on distingue d'ailleurs société et fonds communs de placement ou de titrisation. Or nous avons vu que c'est l'opposabilité de cet intérêt supérieur qui permet de dissocier intérêt collectif et intérêt commun. En ce sens, l'intérêt individuel ou individualisé donne lieu à une universalité parfaite là où l'intérêt commun engendre une universalité imparfaite.

296. L'autonomie patrimoniale de l'universalité parfaite. – Les universalités parfaites sont individualisées non seulement au niveau de l'intérêt qui les fédère mais également au niveau de l'autonomie patrimoniale qu'elles acquièrent. C'est donc à l'égard du patrimoine légal que s'apprécie la distinction des différents types d'universalités. L'autonomie offerte aux sociétés n'a rien à voir avec celle des groupements non personnifiés car même lorsque la responsabilité des associés est dite illimitée, elle est par nature subsidiaire et les associés qui ne jouissent pas d'un bénéfice de division, conservent le bénéfice de discussion¹⁰¹². C'est ainsi que les associés d'une société civile sont engagés indéfiniment par les actes conclus par la société. Cet engagement pourrait remettre en question l'écran de la personnalité morale et, partant, l'autonomie patrimoniale dont bénéficie le patrimoine social. Il n'en est pourtant rien car cette responsabilité des associés est non seulement subsidiaire¹⁰¹³ mais elle est également limitée à la proportion du capital social détenu par chacun¹⁰¹⁴. Même pour les associés en nom, tenus solidairement aux dettes sociales¹⁰¹⁵, l'écran de la personnalité morale demeure dans une certaine mesure puisque les poursuites du créancier social contre les associés sont subsidiaires¹⁰¹⁶, de sorte que l'autonomie patrimoniale est ici préservée dans son principe. Cette responsabilité des

¹⁰¹² « L'obligation aux dettes n'a que la valeur d'une garantie accessoire. La responsabilité indéfinie n'est que subsidiaire, car le créancier doit d'abord agir contre la société. La subsidiarité paraît cependant plus substantielle dans les sociétés civiles que dans les sociétés en nom collectif. Cette différence s'explique aisément. Les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif se ressemblent étrangement, le législateur ayant très sensiblement aligné leurs régimes en 1978. Mais les sociétés en nom collectif sont des sociétés commerciales par la forme. Les associés en nom sont tous des commerçants. Les sociétés civiles visent au contraire à développer des activités de nature civile. Il en ressort que la responsabilité des associés en nom est mise en œuvre plus facilement que celle des associés des sociétés civiles, même si dans les deux cas, cette responsabilité est subsidiaire. » : T. MASSART, *Répert. Dalloz Soc.*, V° Contrat de société, n°39. Dans le même sens, au sujet de la déclaration notariée d'insaisissabilité qui équivaut à un bénéfice de discussion : PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Droit civil – Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°22, p. 28.

¹⁰¹³ L'article 1858 du Code civil interdit ainsi le créancier social de poursuivre les associés s'il n'a pas « préalablement et vainement poursuivi la personne morale ».

¹⁰¹⁴ Art. 1857, C. Civ.

¹⁰¹⁵ Art. L.221-1, al. 1^{er}, C. Com.

¹⁰¹⁶ Si le second alinéa de l'article L.221-1 du Code de commerce n'exige qu'une vaine mise en demeure, la jurisprudence maintient l'idée selon laquelle le titre exécutoire délivré à l'encontre de la société n'emporte pas droit de saisir les biens des associés : Com. 3 mai 2006, n°03-1546, Bull. Civ. IV, n°112 ; D. 2006, AJ 1532 obs. A. LIENHARD ; *Rev. Sociétés* 2007, 88, note J. MOURY ; *BJS* 2006, p. 1177, note P. SERLOOTEN.

associés est donc indéfinie mais elle n'est pas illimitée. En ce sens, l'autonomie patrimoniale est, par principe, préservée¹⁰¹⁷.

297. Universalités parfaites et personnalité juridique. – Les universalités juridiques nées d'un intérêt individuel ou individualisé semblent toutes bénéficier d'une autonomie patrimoniale plus forte que les universalités imparfaites, du moins en principe. Mais toutes ne sont pas rattachées au sujet de la même manière car nous avons vu que certaines naissent d'un groupement et d'autres correspondent à un intérêt distinct pour une seule personne physique. En d'autres termes, les intérêts collectifs susceptibles de créer une universalité parfaite doivent être dotés de la personnalité morale. Celle-ci se présente alors comme un moyen d'individualiser l'intérêt et, partant, de créer l'universalité juridique dont l'autonomie patrimoniale sera plus forte¹⁰¹⁸. On peut alors en déduire que les universalités spécifiques parfaites, ne peuvent appartenir qu'à une seule personne. En d'autres termes, les groupements non-personnifiés ne peuvent être à la tête d'une universalité parfaite. À l'inverse, une personne juridique semble pouvoir détenir plusieurs universalités parfaites. Parce qu'elle est fédérée par un intérêt individualisé, un intérêt particulièrement distinct, l'universalité parfaite s'érige face au patrimoine comme sa copie concurrente. On peut donc en déduire que ce que le législateur qualifie de « patrimoines d'affectation » sont en réalité des universalités parfaites. Ainsi, une personne physique peut-elle être titulaire, au côté du patrimoine légal, d'un ensemble affecté à son activité professionnelle par le biais de l'EIRL ou d'une société unipersonnelle¹⁰¹⁹. Pour reprendre les termes de la théorie D'AUBRY et RAU,

¹⁰¹⁷ L'engagement des associés en nom est d'ailleurs analysé par la doctrine comme une garantie légale voire comme un cautionnement solidaire : en ce sens, v. P. LE CANNU & B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ-Lextenso 2015, coll. Domat, n°1398, p. 884 ; M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2017, n°1550-1551, p. 637-638.

Il aurait été possible de considérer que l'idée d'une responsabilité illimitée est incompatible avec l'autonomie patrimoniale qu'est censée offrir l'universalité juridique. En ce sens, il faudrait requalifier les sociétés à responsabilité illimitée et leur refuser la qualification de patrimoine, voire leur retirer la personnalité morale. En effet, celle-ci sert en théorie à dissocier les biens du groupement des biens de chaque associé. Or dès lors que les créanciers ont accès à tous les biens, notamment en cas de solidarité, il est possible de remettre en question le rôle, voire l'existence, de la personne morale. Cette piste soulèverait des complications qui nous éloignent des universalités de droit, vues comme notion unitaire mais elle mériterait d'être poursuivie.

¹⁰¹⁸ Certains auteurs considèrent ainsi que la personnalité morale est une technique juridique, un mode de mise en place d'une propriété collective : v. FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2014, n°547 et s., p. 437 et s. ; G. GOUBEAUX, « Personne morale, droit des personnes et droit des biens », in *Mélanges R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 199 et s. C'est en réalité la suite logique des thèses sur le contrat comme mode d'organisation sociale telle que la théorie de l'institution de M. HAURIOU ou celle du contrat-organisation de P. DIDIER : M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée 1926, n°23 ; P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz 1999, p. 635 et s.

¹⁰¹⁹ Il s'agit, en d'autres termes, d'offrir à celui qui cherche à limiter sa responsabilité, d'offrir plusieurs moyens d'y parvenir. Les techniques d'aménagement du droit de poursuite des créanciers sont alors en concours : en ce sens, , « La fiducie-gestion et le contrat de société – Eléments de comparaison », J.PH. DOM, *Rev. Sociétés* 2007,

seules les personnes peuvent avoir un patrimoine. Mais toute personne peut aujourd'hui avoir plusieurs patrimoines ou, du moins, plusieurs universalités juridiques.

298. Utilité de la distinction des universalités. – Dissocier les universalités parfaites et imparfaites est théoriquement pertinent lorsqu'il s'agit d'observer les traits communs de l'intérêt qui fédère chacune de ces catégories (intérêt individuel ou intérêt commun). Du point de vue de la technique juridique aussi, la distinction de ces deux types d'universalités permet de voir des différences de traitement quant aux relations qu'elles entretiennent avec le patrimoine légal (autonomie complète ou asymétrique). Ces différences conceptuelles trouvent ainsi un écho dans les règles qui encadrent chacun de ces ensembles universels car l'appartenance d'une notion à une catégorie juridique – autrement dit, la classification – doit, « pour être significative, en refléter tous les éléments susceptibles d'avoir une incidence sur la détermination du régime juridique devant s'y appliquer¹⁰²⁰ ». La recherche d'une unité permet donc de dévoiler un corps de règles communes à toutes les universalités juridiques mais aussi un ensemble de règles propres à chaque catégorie ainsi découverte¹⁰²¹.

299. Proposition de classification. – Partant de cette analyse, il serait possible de proposer une classification des universalités selon deux critères cumulatifs : le premier tient à l'intérêt fédérateur de la masse universelle ; le second tient à l'opposabilité de cet intérêt. Ainsi, les universalités de droit fédérée autour d'un intérêt commun sont des universalités imparfaites. Les universalités parfaites sont alors celles qui sont fédérées par un intérêt individuel. Entrent dans cette catégorie, l'intérêt général et indifférencié de toute personne physique, l'intérêt spécifique reconnu juridiquement et l'intérêt collectif qui a été individualisé pour donner naissance à une personne morale. On en déduit ainsi que, parmi les universalités parfaites, les intérêts individuels dont l'autonomie patrimoniale est assurée par une forme de publicité sont des universalités (spécifiques) parfaites. Les universalités fédérées autour d'un intérêt collectif qui a été individualisé sont en revanche des patrimoines dotés de la personnalité morale. Cette classification¹⁰²² cohérente exige de remettre en cause les sociétés unipersonnelles mais permettrait par là même de préserver le sens du contrat de société tel qu'il était conçu à son origine¹⁰²³. Parce qu'elles acquièrent une autonomie

p. 481 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2019, n°65 et s., p. 33 et s.

¹⁰²⁰ J.L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF 2016, coll. Thémis, n°70, p. 125.

¹⁰²¹ Ce qui fait l'objet de la partie 2 : cf. *infra* (n°306 et s.).

¹⁰²² Cf. schéma Annexe 2 (p. 493).

¹⁰²³ Cf. *supra* (n°95).

complète, les universalités parfaites sont de véritables dérogations au droit de poursuite des créanciers¹⁰²⁴.

300. Conclusion de la section. – Dans la recherche d'un critère de classification, il a fallu identifier d'abord les caractères de l'intérêt fédérateur d'universalité : celui-ci doit ainsi être licite, légitime et durable. Ce sont là les seuls critères nécessaires pour autoriser une personne à créer un nouvel ensemble universel. Les auteurs qui ont reproché à GAZIN de ne pas identifier suffisamment la spécificité de l'intérêt sont en réalité trop attachés à l'idée qu'il faut une autorisation expresse du législateur pour créer une universalité de droit. Or rien n'empêche une personne de créer autant d'universalité qu'elle le souhaite. Les théories du patrimoine d'affectation, même les plus nuancées, s'attirent les foudres de la doctrine car celle-ci est attachée au droit de gage général des créanciers qui semble mis en danger par l'admission généralisée des universalités volontaires. Force est pourtant de constater qu'un propriétaire est libre d'affecter ses biens à un nouvel intérêt sans que les droits des créanciers ne soient menacés¹⁰²⁵. En ce sens, une universalité de droit peut voir le jour dès lors qu'une personne justifie d'un intérêt distinct de son intérêt général.

301. Conclusion du chapitre. – L'universalité de droit se présente comme une technique permettant d'aménager le droit de gage général des créanciers. Mise au service d'un nouvel intérêt, elle trouve les fondements de son existence dans l'opposabilité d'un intérêt distinct. Or lorsqu'elle est fédérée par un intérêt naturellement ou fictivement individuel, elle doit être qualifiée d'universalité parfaite. Celle-ci atteint une autonomie complète qui permet de la distinguer du patrimoine légal : elle se présente alors comme un nouvel ensemble. Il est possible d'affirmer alors qu'il n'existe qu'un seul patrimoine, attribué à la personne juridique. Toute masse créée aux côtés de ce patrimoine n'en est qu'un concurrent qu'il faut qualifier d'universalité de droit spécifique. Sa séparation totale du patrimoine permettra d'en faire une universalité dite parfaite. L'universalité fédérée par un intérêt commun doit en revanche être qualifiée d'imparfaite car elle n'est pas séparée du patrimoine légal, elle vient s'ajouter à lui. Cette classification des ensembles universels sert un souci de cohérence dans la recherche d'une définition de l'universalité de droit.

¹⁰²⁴ En ce sens, R. PERROT & PH. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2013, n°195 et s., p. 195 et s.

¹⁰²⁵ Nous verrons en effet que le Droit positif organise des garde-fous permettant de trouver un équilibre entre, d'une part, la liberté du débiteur d'affecter ses biens à une universalité nouvelle et, d'autre part, le droit de poursuite des créanciers : cf. *infra* (n°306-307)

302. Conclusion du titre. – La notion d’universalité de droit, peu explorée en doctrine, trouve ses fondements dans l’idée d’une masse permettant de faire le lien entre des biens et des dettes. Elle se présente alors comme une technique plutôt que comme un objet. Notion *sui generis*, elle est une enveloppe idéale au service du droit de poursuite des créanciers. En tant que telle, elle est liée à la personne par un lien d’affectation, une affectation à un de ses intérêts. La structure s’érige ainsi, face au patrimoine, telle une copie de celui-ci, en concurrence avec lui. La pluralité des universalités donne par ailleurs lieu à une distinction, parmi ces différentes applications, entre les universalités parfaites et imparfaites. L’autonomie patrimoniale de chacune de ces catégories d’ensembles universels trouve ainsi un écho dans le caractère individuel ou collectif de l’intérêt qui les fédère. Technique de limitation de la responsabilité et d’aménagement du droit de gage général, l’universalité de droit est l’ensemble de biens et de dettes corrélés autour d’un intérêt et mise en œuvre par une volonté. Le patrimoine légal est affecté à l’intérêt général et indifférencié de la personne quand l’universalité spécifique est affectée à un de ses intérêts distinct des autres.

303. Conclusion de la première partie. – L’universalité de droit est une notion fonctionnelle de droit positif. Notion unique aux applications multiples, elle trouve ses fondements dans une mise en relation entre propriété et obligation. Toute universalité de droit ne peut donc être cédée ou saisie car chaque universalité de droit permet d’établir un lien spécifique entre le propriétaire et ses créanciers d’abord, entre les créanciers et les biens du débiteur ensuite. Le patrimoine est donc bien une universalité de droit mais le patrimoine n’est pas la seule universalité de droit ; il n’en est que la première application, celle à l’égard de laquelle les autres ensembles universels doivent entrer en conflit¹⁰²⁶. Cette redéfinition de la notion soulève la question de la coexistence de plusieurs universalités de droit pour la poursuite des intérêts d’une même personne. Il convient surtout de voir comment le Droit organise les relations qu’entretiennent les différents intérêts d’une même personne, comment les universalités juridiques peuvent coexister dans un même temps et comment, en permettant à cette personne de poursuivre plusieurs intérêts distincts, préserver le droit des tiers. Parce qu’elles constituent un aménagement du droit de poursuite des créanciers, les universalités juridiques emportent des effets importants tant pour les créanciers qu’à l’égard du débiteur. Il faut alors trouver un moyen de protéger les premiers et de limiter les pouvoirs du dernier. La notion unitaire d’universalité de droit appelle alors la construction d’un régime correspondant et malgré la multiplicité de ses applications, un socle commun de règles semble pouvoir s’appliquer à toutes.

¹⁰²⁶ Le phénomène n’est pas inconnu du Droit et on pourrait ici faire un parallèle avec l’indivision. La première application de l’indivision est celle qui naît d’une succession. Pourtant, le Code civil prévoit la possibilité pour des individus de créer, volontairement, une indivision qui sera soumise au même régime que celle qui est créée par la loi. Ainsi, l’universalité de droit qui naît d’une volonté peut être soumise aux mêmes règles que le patrimoine légal.

PARTIE 2 – LA CONSTRUCTION D’UN DROIT COMMUN DE L’UNIVERSALITÉ DE DROIT

« C’est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites (...) Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

MONTESQUIEU,
De l’esprit des lois, 1748
Flammarion 2008, coll. GF, p. 231.

304. La construction d’un régime général. – Malgré une pluralité d’applications de l’universalité de droit il existe un tronc commun de règles qui commande une certaine unité. Se dessine ainsi un droit commun ou une théorie générale de l’universalité juridique. Les traits communs des universalités juridiques sont fondés sur l’idée qu’aux mêmes causes suivent les mêmes conséquences. Mais les règles communes aux universalités se construisent autour de deux axes : la création d’un ensemble universel repose d’abord sur la reconnaissance en Droit d’un intérêt nouveau et distinct pour le débiteur qu’il convient donc de protéger ; l’universalité de droit emporte ensuite des conséquences sur les tiers et notamment les créanciers qui ont alors également besoin d’être protégé. Ces deux axes ambivalents se répondent et appellent la recherche d’un équilibre entre des intérêts opposés.

305. Droit commun et droit spécial. – S’il est universellement admis en Droit que le spécial déroge au général¹⁰²⁷, il s’établit plusieurs sortes de relation entre ces deux corps de

¹⁰²⁷ Suivant l’adage latin « *specilia generalibus derogant* ».

règles. Le Droit spécial peut alors se construire comme une répétition du Droit commun, appliqué à un objet différent ; il en étend alors le champ d'application. Il peut encore se construire en prolongement du Droit commun, il vient le compléter, le développer. Le Droit spécial peut enfin se construire en opposition au Droit commun, il en constitue alors l'exception, la dérogation. Dans le cadre des universalités de droit, il semble pouvoir se dessiner un corps de règles applicables à tous les ensembles universels, permettant d'établir un droit commun qui serait complété par des dispositions spécifiques à chacune d'elles. C'est d'ailleurs ainsi que les universalités actuelles font l'objet d'un certain nombre de dispositions, éparpillées dans plusieurs domaines. L'objectif de cette théorie générale de l'universalité de droit n'est donc pas de supprimer ces spécificités, propres à chaque masse universelle, mais de créer un droit commun des universalités qui semble manquer en droit positif français.

306. Philosophie du droit commun des universalités de droit. – Le lien précédemment étudié entre les biens et les obligations, qui caractérise l'universalité de droit, trouve un fondement dans l'affectation à l'intérêt fédérateur. S'intéresser à l'affectation et à ses effets revient finalement à étudier les conséquences de la création de toute universalité de droit. Systématiser et unifier les règles de création de tous les ensembles universels sont donc les objectifs de cette seconde partie. Fondée sur une décision du propriétaire de biens qui cherche à limiter sa responsabilité, l'universalité juridique emporte des conséquences de deux ordres : celles qui attirent aux créanciers d'une part, et au débiteur/propriétaire d'autre part. S'il est admis que le propriétaire des biens est libre de faire ce qu'il veut, le cadre qu'on doit lui trouver concerne la protection des tiers. Il s'agit donc de préserver les droits des autres et d'adapter, en conséquence, les pouvoirs du propriétaire/débiteur en cohérence avec l'affectation qui crée l'universalité. Cet équilibre est le cœur du régime de droit commun que l'on cherche ainsi à établir, il en constitue la ligne directrice.

307. Protection et limitation. – L'universalité de droit a été présentée comme un objet permettant l'aménagement du droit de poursuite des créanciers. Les liens qu'elle entretient avec les biens, avec la propriété, avec les dettes et les obligations en font un mécanisme complexe car sa seule existence vient modifier les interactions entre ces différentes notions. Pour comprendre le régime de droit commun de l'universalité juridique, il convient donc de s'intéresser aux effets que sa création produit sur ces différentes notions : comment le droit de poursuite des créanciers est-il modifié par la création d'une universalité de droit ? comment dissocier les universalités parfaites et imparfaites dans le cadre de la

saisissabilité des biens placés dans telle ou telle masse ? Quelles sont les interactions des masses entre elles ? Quels liens existent-ils entre la masse et son titulaire ? Quelle est l'étendue des pouvoirs du propriétaire sur ses biens une fois qu'il les a affectés à un nouvel intérêt ? Comment dissocier les créanciers touchés par la création de l'universalité ? Ces interrogations traduisent les difficultés à parvenir à l'équilibre des intérêts ; elles font apparaître les deux axes qui innervent la notion : la protection des créanciers d'une part (TITRE 1^{ER}) et la modification des pouvoirs du propriétaire d'autre part (TITRE 2ND).

TITRE 1^{ER} – LA PROTECTION DES CREANCIERS DE L'UNIVERSALITE DE DROIT

TITRE 2ND – L'AMENAGEMENT DES POUVOIRS SUR L'UNIVERSALITE DE DROIT

TITRE 1^{ER} – LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DE L’UNIVERSALITÉ DE DROIT

308. La recherche d’un équilibre entre les intérêts. – Parce qu’il est destiné à garantir l’exercice par chacun de sa liberté, le Droit fixe les règles qui en assurent la mise en œuvre. Il lui revient également de limiter cette liberté pour que celles des uns ne portent pas atteinte à celles des autres. La justice commutative qui gouverne les relations entre les individus doit ainsi parvenir à un équilibre entre les intérêts de chacun. Dans la conception belliqueuse des rapports entre créancier et débiteur, il convient de trouver un équilibre pour préserver les intérêts de chacun. Appliqué aux universalités juridiques, ce raisonnement amène à établir un compromis entre, d’un côté, les intérêts du débiteur/propriétaire et sa liberté de gérer ses biens, de contracter des obligations, d’affecter certains biens à certains usages et, de l’autre côté, les intérêts du créancier et son droit d’obtenir son paiement. En effet, si l’universalité de droit est un moyen d’aménager le droit de gage général des créanciers et de limiter sa responsabilité, il convient de trouver un moyen de ne pas réduire celle-ci à néant. Là où la limitation est recherchée, la suppression totale est proscrite sous peine de créer un véritable « droit de ne pas payer ses dettes¹⁰²⁸ ». Une protection des créanciers du constituant de toute universalité de droit est alors nécessaire.

309. La modification du gage commun des créanciers. – Si on reconnaît la nécessité de modifier les articles 2284 et 2285 du Code civil pour intégrer dans le droit

¹⁰²⁸ G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », in *DH 1936, Chron.* 57

commun l'idée que l'universalité est l'aménagement du droit de poursuite des créanciers, il faut aussi que, dès l'édition du principe, soient établies ses limites. Ainsi, il convient de revoir le principe de l'article 2284 : « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, sauf pour les biens qui sont affectés à la poursuite d'un intérêt distinct justifiant la création d'une universalité de droit ». De la même manière, il convient de revoir l'article suivant : « les biens du débiteur constitue le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ou à moins que ces créanciers ne tiennent leur droit de la poursuite d'un intérêt distinct justifiant la création d'une universalité de droit ». Au-delà de cette modification, il convient également d'ajouter une définition de l'universalité de droit à ce même endroit. Son emplacement est légitimé par le rapport qu'entretiennent ces deux articles avec la notion d'universalité juridique. Ouvrant désormais le titre relatif aux sûretés, ces articles énoncent le principe d'égalité des créanciers auquel les garanties, légales ou conventionnelles, viennent porter atteinte. Il paraît donc logique de placer l'universalité de droit, technique d'aménagement du droit de poursuite des créanciers, à la suite des textes qui fondent ce même droit¹⁰²⁹.

310. La nécessité de protéger les créanciers. – La création d'une universalité de droit est une opération qui emporte des conséquences importantes à l'égard des créanciers qui voient l'étendue de leur gage général modifiée. Il s'agit donc de rééquilibrer les rapports entre débiteur et créancier car là où une certaine liberté est accordée au premier pour affecter ses biens à un intérêt distinct, il convient d'assurer le paiement de l'obligation qui le lie au dernier. Cet équilibre est nécessaire en raison des effets que produisent les universalités juridiques sur les biens et sur les dettes. Tous les ensembles universels produisent des effets qui appellent la protection des créanciers ; autrement dit, les effets de l'universalité juridique sont au fondement de la protection des créanciers (CHAPITRE 1). Cette protection passe par des règles qui concernent le fonctionnement même des universalités mais également par des mécanismes périphériques, des outils du droit commun (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 – LES FONDEMENTS DE LA PROTECTION

CHAPITRE 2 – LES MOYENS DE LA PROTECTION

¹⁰²⁹ Cf. propositions.

311. La nécessaire protection des créanciers. – La liberté de créer une universalité de droit, qu'elle soit parfaite ou imparfaite, repose sur deux idées : la libre disposition des biens par le propriétaire et l'aménagement possible du droit de gage général des créanciers. Cette dernière idée implique donc que les articles 2284 et 2285 du Code civil puissent faire l'objet d'aménagements, ce que la Cour de cassation a déjà pu admettre¹⁰³⁰. Mais parce qu'elle tend à réduire l'assiette du droit de gage général, l'universalité juridique est suspecte ; c'est d'ailleurs ce qui explique les difficultés du Droit français à reconnaître véritablement l'existence du patrimoine d'affectation¹⁰³¹. L'universalité de droit doit alors être encadrée car dans la balance des intérêts du débiteur d'un côté et ceux de ses créanciers de l'autre, il convient de trouver un équilibre.

312. Les effets de l'universalité imposent une protection des créanciers. – La création de l'universalité de droit passe par une affectation des biens qui engendre des

¹⁰³⁰ Civ. 1^e, 15 févr. 1972, n°70-12756 : où la Cour de cassation a énoncé que le droit de gage général peut faire l'objet d'une limitation conventionnelle.

¹⁰³¹ En ce sens, M.A. FRISON-ROCHE, « Sociologie du patrimoine – La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine », Rapport de recherche du Laboratoire de sociologie juridique de Paris 2 Assas remis à la Chancellerie dans la perspective de la fiducie en juillet 1995. Les difficultés du Droit français à reconnaître le patrimoine d'affectation résultent de plusieurs facteurs qui existent depuis les années 1930. Il suffit pour s'en convaincre de voir l'hostilité avec laquelle les auteurs ont reçu la fiducie ou l'EIRL : v. par ex. G. TEBOUL, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une usine sans gaz », *Gaz. Pal.* 2010, n°175, p. 5 ; F.X. LUCAS, « EIRL, de la fausse bonne idée à la vraie calamité », *BJS* 2010, n°4, p. 311 ; V. LEGRAND, « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable », *LPA* 2011, n°200, p. 4 ; M.B. SALGADO, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusions des autres », *JCP E* 2014, n°3, 1024 ; L. AYNÈS & P. CROCQ, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559 et s.

conséquences sur les droits des créanciers et notamment sur la possibilité qui leur est normalement offerte de saisir les biens de leur débiteur. En ce sens, l'universalité juridique semble créer une insaisissabilité partielle ou relative en ce qu'elle rend certains biens (les biens affectés) insaisissables à l'égard de certains créanciers (les créanciers exclusifs de l'universalité). En ce sens, l'universalité juridique se présente toujours comme un aménagement du droit de gage général des créanciers, impliquant la distinction des dettes d'une part et des différents groupes de créanciers de l'autre. L'insaisissabilité et la division des créanciers sont alors les deux principaux effets de toute universalité (*SECTION 1*).

313. Les concours entre universalités ou entre créanciers ? – L'universalité de droit, créée pour représenter un intérêt nouveau et distinct, s'oppose nécessairement au patrimoine légal, universalité par défaut¹⁰³². En permettant la création d'un droit de gage général nouveau, l'universalité spécifique vient concurrencer le patrimoine dans sa fonction. Pourtant, les degrés d'autonomie avec lesquels chaque universalité se dissocie des autres viennent déterminer la vigueur avec laquelle ce concours aura lieu. Parce qu'il a pour but de distinguer deux catégories de créanciers, l'ensemble universel évite en principe tout concours entre catégories de créanciers. Mais certains de ces ensembles ne bénéficient pas nécessairement d'une autonomie complète, de sorte que les créanciers, en principe séparés, se retrouvent en concours sur les mêmes biens. Autrement dit, les concours entre universalités déterminent l'existence d'un concours entre créanciers (*SECTION 2*).

SECTION 1 – LES EFFETS DE L'UNIVERSALITE DE DROIT

SECTION 2 – LES CONCOURS ENTRE UNIVERSALITES DE DROIT

¹⁰³² Cf. *supra* (n°206).

SECTION 1 – LES EFFETS DE L’UNIVERSALITE DE DROIT SUR LES BIENS

314. Des effets communs. – Partageant la même nature, toutes les universalités de droit doivent pouvoir être soumises aux mêmes règles lorsqu’il s’agit d’identifier ses caractères essentiels. Ensemble de biens et de dettes, sa composition repose toujours sur les mêmes critères. D’un côté, l’insaisissabilité se présente comme l’outil nécessaire à la détermination de l’actif. Toute universalité semble avoir pour effet de créer une insaisissabilité sur les biens affectés. À l’image de la distinction entre les biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux, l’insaisissabilité permet de déterminer, selon les personnes qu’elle affecte, les biens qui se trouvent dans telle et telle universalité. Parce qu’elle ne produit d’effets que sur le droit de gage de certains créanciers, l’affectation des biens à la poursuite d’un intérêt spécifique crée une insaisissabilité qui ne concerne pas tous les créanciers, qui est donc relative. Les biens affectés sortent alors du gage de certains créanciers pour intégrer celui de certains autres. Ainsi, l’insaisissabilité relative est le critère permettant de dissocier les éléments d’actif respectifs de chaque ensemble universel. De l’autre côté, l’intérêt fédérateur est le curseur commun à toutes les universalités, permettant de savoir si telle ou telle dette doit être garantie par tel ou tel ensemble de biens. La distinction des dettes implique alors de séparer les créanciers en plusieurs catégories auxquelles correspondent plusieurs degrés dans la limitation du droit de poursuite qui leur est offert. Il s’agit donc d’observer que l’universalité de droit crée, par l’effet d’une affectation (I), une insaisissabilité relative (II).

I. Les effets de l’affectation sur les créanciers

315. Aux mêmes causes, les mêmes conséquences. – Si toutes les universalités de droit naissent d’une affectation, il est légitime de penser qu’elles produiront toutes le même effet à l’égard des biens, des obligations et des droits de chacun car il est de bon sens d’admettre que les mêmes causes produisent les mêmes effets. Ainsi qu’importe que l’universalité de droit naisse d’une affectation légale ou d’un acte de volonté emportant affectation, celle-ci va toujours produire un aspect positif à l’égard de certains créanciers mais surtout un effet négatif à l’égard de certains autres. C’est que l’affectation des biens correspond, nous l’avons vu, au moyen par lequel le propriétaire d’un bien choisi une

destination à la chose¹⁰³³. Ce faisant, il fait prévaloir un usage de la chose aux dépens de ses autres utilités potentielles. Dans le domaine de l'universalité de droit, l'affectation de certains biens à la garantie de certaines dettes va engendrer des effets à l'égard du propriétaire mais aussi à l'égard de ses créanciers (A). L'insaisissabilité revient alors comme premier effet, commun à toute universalité de droit (B) mais il convient de distinguer les différentes sortes d'insaisissabilités (C).

A. L'affectation des biens, source d'une insaisissabilité

316. Retour sur la notion d'affectation. – L'affectation est une notion qui englobe finalité et moyens de l'atteindre ; en Droit des biens, elle participe de l'usage qui est fait de la chose mais cet usage doit être spécifique et finalisé et doit trouver une traduction dans l'aménagement de son régime¹⁰³⁴. Ces premiers contours de l'affectation sont insuffisants. La chose est par nature destinée à un usage ; c'est, nous l'avons vu, ce qui lui donne sa valeur¹⁰³⁵. L'affectation vient alors préciser ou limiter l'usage « normal » de la chose¹⁰³⁶. Elle la précise lorsqu'elle l'oriente vers une finalité spécifique. Les auteurs s'étant penchés sur la notion l'ont d'ailleurs constaté. Ainsi, le Professeur GUINCHARD écrit-il que l'affectation « consiste à destiner et à appliquer une chose à un certain usage¹⁰³⁷ » quand le Professeur WICKER écrit à son tour qu'elle « se caractérise par la soumission d'un bien à un usage déterminé¹⁰³⁸ ». C'est le cas, d'un point de vue matériel, lorsqu'un exploitant agricole décide d'affecter un tracteur à un de ses fonds d'exploitation. L'affectation respecte ici l'usage normale de la chose, elle la précise pourtant en l'enfermant dans un cadre spécifique : le véhicule ne peut alors servir qu'à l'unique fonds désigné¹⁰³⁹. L'affectation vient, essentiellement et avant tout, déterminer l'usage de la chose, un usage qui sort de la normalité et qui, par conséquent, a besoin d'être extériorisée. Plus exactement, c'est la spécificité du but d'une part et sa relative permanence d'autre part qui rend nécessaire l'aménagement de règles juridiques appropriées. En effet, la détermination d'un but (exclusif des autres utilités

¹⁰³³ Cf. *supra* (n°57).

¹⁰³⁴ Cf. *supra* (n°59).

¹⁰³⁵ Cf. *supra* (n°108-110).

¹⁰³⁶ Un auteur propose cette notion de « destination normale de la chose » qui renvoie à l'usage attendu d'une chose, un usage né des codes sociaux et qui, ancrée dans une sorte de « coutume », n'a pas besoin d'être extériorisée ou représentée pour être opposable aux tiers. L'auteur parvient donc à la conclusion suivante : « l'exigence d'une extériorisation de la destination est inversement proportionnelle à sa normalité sociale », v. R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2009, n°38, p. 33.

¹⁰³⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*

¹⁰³⁸ G. WICKER ; *op. cit.*, n°314, p. 296.

¹⁰³⁹ C'est ce qui est tiré de l'article 524 du Code civil ; on retrouve ainsi l'idée d'exclusivité.

du bien) nécessite une extériorisation en ce sens qu'elle a vocation à durer. La Cour de cassation a d'ailleurs exigé la preuve de l'immobilisation par destination – hypothèse classique d'affectation – pour qu'un tiers puisse s'en prévaloir. En ce sens, on constate qu'il ne peut y avoir affectation sans extériorisation de l'intention d'affecter¹⁰⁴⁰. La décision est ici logique dans la mesure où si l'usage ponctuel d'un bien ne vient pas modifier les droits des tiers sur celui-ci, son usage exclusif et prolongé peut venir les augmenter ou les réduire. Dans les cas de l'article 524 du Code civil, les objets placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds seront soumis au même régime que ce dernier. Ainsi, lorsque l'exploitation sera donnée à bail ou même aliénée, lesdits objets, devenus immeubles par destination, suivront le sort du fonds. On voit ainsi que les créanciers du propriétaire initial verront leur droit de gage général réduit par l'affectation de certains meubles qui, s'ils n'avaient pas été rattachés au fonds d'exploitation, ne seraient pas sortis de l'assiette de leur gage. Cette exigence d'extériorisation est traduite, dans le cadre de l'article 524, par un semblant d'objectivité dans ce rattachement du meuble à l'immeuble¹⁰⁴¹.

317. L'extériorisation de l'affectation. – Cette nécessité d'extérioriser l'affectation n'est pas propre à l'immobilisation par destination. On la retrouve dans toutes les hypothèses d'affectation : la servitude établit une affectation du fonds servant au fonds dominant. Pour ce faire, il est nécessaire que le propriétaire du fonds servant ait connaissance de la servitude : c'est d'ailleurs pour cette raison que lorsqu'elle est établie par prescription, le Code civil exige que la servitude soit continue et apparente¹⁰⁴². De la même manière, l'affectation d'un élément à l'exploitation d'un fonds de commerce nécessite un rattachement objectif à la clientèle, condition d'existence de ce fonds¹⁰⁴³. Plus récemment, on voit que l'affectation d'un bien à la dignité de la personne passe par un retrait de ce bien au droit de gage des créanciers. Pour asseoir ce retrait et le rendre opposable aux tiers, donc pour l'extérioriser, le législateur a pris le soin de déclarer insaisissable un certain nombre de biens nécessaires à la vie de la personne ainsi protégée. Lorsque cette protection, plus limitée, passe par une affectation volontaire et non plus légale, l'extériorisation passera par la publicité de l'acte juridique mentionnant la volonté du propriétaire de mettre le bien à l'abri de certains

¹⁰⁴⁰ Civ. 1^e, 3 juin 1958, Bull. Civ. I, n°283 ; Civ. 1^e, 18 mars 1968, Bull. Civ. I, n°101.

¹⁰⁴¹ En ce sens, R. LIBCHABER, *Répert. Civ. Dalloz, V° Biens*, n°203 ; R. BOFFA, th. préc., n°143, p. 96. G. WICKER, th. préc., n°325 et s., p. 306 et s.

¹⁰⁴² Art. 690, C. Civ.

¹⁰⁴³ C'est ce qui est déduit de l'article L.141-5, C. Com et de son interprétation en jurisprudence : Com, 24 janv. 2006, BRDA 2006/4, n°12. C'est d'ailleurs ainsi que « l'on dit aussi (des éléments qui composent le fonds) qu'ils sont destinés à capter et à retenir une clientèle » : J.B. BLAISE, *Droit des affaires*, LGDJ-Lextenso, 2009, n°443, p. 255.

créanciers : il s'agit par exemple de la déclaration notariée d'insaisissabilité¹⁰⁴⁴. On voit donc bien que peu importe le cas d'affectation, qu'elle soit légale ou née d'une volonté (individuelle ou qui en rencontre une autre), l'affectation a besoin d'une part d'extériorisation, laquelle se traduit soit par l'objectivité du rattachement du bien affecté au but poursuivi – ce qui sera le cas dans la plupart des affectations légales – soit par l'exigence d'un acte juridique (manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit). Elle semble alors résulter d'un acte de volonté.

318. Affectation et volonté. – L'étude de l'affectation révèle la place importante que prend la volonté dans la détermination du but ou de l'usage auquel un bien est destiné. Dans l'affectation, l'usage est déterminé selon une finalité, laquelle est choisie par le propriétaire du bien. Affecter relève ainsi de la volonté du propriétaire¹⁰⁴⁵ ; c'est d'ailleurs une des prérogatives qui résulte de son pouvoir absolu sur la chose¹⁰⁴⁶. Peut-on alors réellement parler d'affectation quand la volonté ne joue pas ? Si toute universalité est nécessairement affectée, y a-t-il lieu de parler d'affectation ? L'affectation est liée à l'utilisation des biens. Or la place de la volonté dans l'utilisation des biens peut être plus ou moins grande. La volonté du propriétaire d'user de la chose peut être limitée par les codes sociaux ou par la nature des choses mais également par les règles juridiques. L'article 544 du Code civil définit d'ailleurs la propriété en enfermant son caractère absolu dans un cadre respectant les lois et les règlements. Il convient alors de distinguer l'affectation des notions qui lui sont voisines en se fondant sur le degré d'intervention de la volonté dans l'utilisation du bien.

319. La subjectivité dans l'affectation. – Nous avons vu que l'affectation a besoin d'être extériorisée et qu'elle pouvait l'être à travers des éléments objectifs de rattachement du bien affecté au but poursuivi. Certains auteurs voient ainsi une part nécessaire d'objectivité dans l'affectation dans la mesure où le choix du propriétaire dans l'utilisation

¹⁰⁴⁴ L'article L.526-1 du Code de commerce prévoit donc, dans son deuxième alinéa, que la déclaration notariée d'insaisissabilité doit être « publiée au fichier immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier ».

¹⁰⁴⁵ S. GUINCHARD, th. préc., n°43, p. 35 et n°423, p.364 ; dans le même sens au sujet de la destination, un auteur affirme que « le terme destination (...) signifie fixer par le destin. (...) Fixer désigne une action présente, par laquelle le sujet de droit détermine, par sa volonté, la finalité qu'il convient d'assigner à une chose donnée » : R. BOFFA, th. préc., n°5, p. 3 ; v. également, G. WICKER, th. préc. n°322 et s., p. 303 et s ; Fr. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon 1981, n°321, p. 425 ; Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, rééd. Coll. Anthologie du droit 2014, n°73, p. 73 ; C. KUHN, th. préc., n°73 et s., p. 59 et s.

¹⁰⁴⁶ Ce qui ne va pas sans rappeler l'idée selon laquelle le louage d'une chose est une forme d'affectation : le bien est destiné à un usage particulier et les parties au contrat sont soumises à l'affectation : cf. *supra* (n°59). En ce sens, Fr. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°236, p. 383 : « Affecter un bien, c'est en disposer, c'est-à-dire exercer l'un des deux attributs de la propriété » ; Fr. DANOS, art. préc.

du bien ne dépend pas de sa seule volonté et est limité par la nature des choses¹⁰⁴⁷. Autrement dit, l'usage d'un bien est nécessairement déterminé selon ses caractéristiques et plus précisément, selon ses utilités potentielles. La fourchette ne peut servir de cuillère car ses qualités sont limitées. L'affectation se présente alors comme un choix parmi une palette de destinations possibles¹⁰⁴⁸. Pour reprendre l'exemple de l'immobilisation par destination, on constate que la loi exige un critère d'utilité : l'exploitant ne peut ainsi affecter un outil ou un animal qui ne serait pas nécessaire à l'exploitation¹⁰⁴⁹. Néanmoins, la jurisprudence comme la doctrine a pris le soin de préciser que l'affectation a besoin de la volonté pour exister. Ainsi l'article 524 du Code civil énonce-t-il que l'immobilisation n'a lieu que pour les biens que le propriétaire place dans le fonds auquel sont affectés les biens, ce qu'a confirmé la Cour de cassation¹⁰⁵⁰ et les auteurs¹⁰⁵¹. En d'autres termes, si des éléments objectifs de rattachement sont nécessaires pour établir l'affectation, une intention d'affecter demeure nécessaire de sorte que la subjectivité est également requise. Elle l'est en réalité parce que l'affectation vient perturber le régime des choses affectées. En ce sens, l'affectation ne peut exister par défaut, elle ne peut naître du néant et l'Homme doit alors intervenir. Cette analyse vaut certes, pour l'immobilisation par destination, mais également pour toute forme d'affectation, notamment pour la mobilisation par anticipation. « L'affectation se caractérise essentiellement par le but que poursuit la volonté qui la crée¹⁰⁵² ». La spécificité de l'usage qui est fait du bien, par opposition à la généralité de ses utilisations potentielles, commande une intervention de la volonté. La volonté seule ne suffit pourtant pas puisqu'il faut que le Droit lui donne une pleine efficacité¹⁰⁵³. En ce sens, la volonté doit se manifester et être

¹⁰⁴⁷ G. WICKER, th. préc., n°325 et s., p. 306 et s. ; S. GUINCHARD, th. préc., n°79, p. 68 et s.

¹⁰⁴⁸ On retrouve ainsi la dialectique entre l'utilisation effective et les utilités potentielles (*cf. supra* : n°57). L'affectation seule est rarement suffisante et « il ne semble pas possible d'abandonner les critères traditionnels, quoique ceux-ci ne suffisent plus, de nos jours, à justifier pleinement le régime juridique des biens. Du moins doit-on reconnaître que les effets de la destination des droits se conjuguent désormais avec les effets qui résultent de leur nature. La destination devient le complément de la nature comme l'espèce représente le complément du genre. » : R. GARRON, *op. cit.*

¹⁰⁴⁹ Req., 19 oct. 1938, DH 1938, 613.

¹⁰⁵⁰ Spéc. Civ., 23 avril 1833, S. 1833, I, 632 : « les effets mobiliers de leur nature n'ont fictivement le caractère d'immeuble par destination, que par la volonté du propriétaire » ; dans le même sens : Civ. 1^e, 3 juin 1958, Bull. Civ. I, n°283 ; Civ. 1^e, 18 mars 1968, Bull. Civ. I, n°101.

¹⁰⁵¹ G. WICKER, th. préc., n°318 et s., p. 300 et s. ; S. GUINCHARD, th. préc., n°80 et s., p. 70 et s. ; FR. ZÉNATI, note sous arrêt 1989, *RTD Civ.* 1990, p. 108 ; Fr. TERRÉ, th. préc., n°73, p. 73 ; G. GOUBEAUX, th. préc., n°254, p. 341.

¹⁰⁵² S. GUINCHARD, th. préc., n°16, p. 19.

¹⁰⁵³ La volonté du propriétaire qui affecte son bien à un but spécifique est limitée par plusieurs points : elle est d'abord limitée par la loi et les règlements mais elle est également limitée par les caractères de la chose. Elle a enfin besoin d'être rendu publique, opposable : en ce sens, le Professeur TERRÉ écrit que « la volonté est impuissante, à elle seule, à créer des immeubles par destination. Toutefois, les auteurs s'accordent à reconnaître en général que, si les conditions matérielles sont nécessaires, c'est dans un dessein de publicité » : FR. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, n°74, p. 75.

connue des tiers. En d'autres termes, l'affectation naît d'abord d'une manifestation de volonté, laquelle peut être matérielle ou juridique. Cette manifestation doit ensuite être opposable car un droit inopposable est un droit inefficace¹⁰⁵⁴.

320. Les caractères de l'affectation créatrice d'universalité. – De cette analyse, trois critères apparaissent pour qu'une affectation puisse fonder la création d'une universalité juridique : l'affectation sert d'abord à déterminer l'usage de la chose, elle est ensuite liée à l'idée de finalité, elle nécessite enfin l'intervention de la volonté manifestée dans des actes matériels et/ou juridiques rendant la décision d'affecter opposable aux tiers. Mais l'universalité de droit est issue d'une double affectation, interne et externe¹⁰⁵⁵, dans la mesure où elle affecte des biens à la poursuite d'une activité (affectation externe) mais également à la garantie des dettes issues de la poursuite de cet intérêt (affectation interne). Elle joue ainsi sur deux niveaux et il est légitime de se demander si ces deux étapes dans la création de l'universalité juridique sont concomitantes et si elles ont alors besoin d'une opposabilité différente. Comment rendre l'affectation opposable aux tiers ?

B. L'opposabilité de l'affectation

321. Indifférence d'une diversité des sources. – Si toute universalité naît nécessairement d'une volonté, il convient de voir que certaines sont cependant de source légale¹⁰⁵⁶ quand d'autres sont le produit d'un acte juridique, manifestant une ou plusieurs volonté(s) individuelle(s). Ainsi, la succession donne lieu à une indivision par le seul effet de la loi au décès d'une personne laissant plusieurs héritiers quand la fiducie naît d'un contrat. Face à cette première distinction, nous avons vu qu'aucune classification ne pouvait naître de la différence de sources¹⁰⁵⁷. Il ne semble pas plus pertinent, au regard des règles qui entourent la notion d'universalité, de retenir cette distinction. Qu'elle soit légale ou

¹⁰⁵⁴ Techniquement, l'inefficacité est relative puisque par principe, l'opposabilité permet de conserver l'efficacité de l'acte *inter partes* mais de priver ce dernier de son rayonnement en dehors de son cercle d'activité directe : en ce sens ; J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984, n°2-1, p. 22 ; FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica 2007, n°177 et s., p. 193 et s. ; J. PIEDELIÈVRE & S. PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière*, Defrénois 2014, n°467, p. 295. Il faut cependant remarquer qu'une « inefficacité de fait » s'instaure car un droit qu'on ne peut opposer à personne n'a pas de grande valeur : en ce sens, PH. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz 2016, n°888, p. 808.

¹⁰⁵⁵ Cf. *supra* (n°76)

¹⁰⁵⁶ Il existe tout de même ici une volonté, celle de la loi : en ce sens, v. R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°46 et s., p. 38 et s. C'est l'affectation légale à la poursuite d'un intérêt défini qui justifie la création légale de l'universalité : cf. *supra* (n°281)

¹⁰⁵⁷ Cf. *supra* (n°260 et s.)

volontaire, l'universalité juridique naît toujours d'une affectation des biens à la poursuite d'un intérêt nouveau, distinct de l'intérêt général et indifférencié de la personne. Les universalités légales naissent donc bien d'une volonté, celle du législateur, mais elles répondent surtout des mêmes critères que les affectations volontaires. Le patrimoine légal et la succession ont également besoin d'une extériorisation pour exister. Le législateur ne fait alors que tirer conséquences d'un phénomène, d'un fait, auquel il fait correspondre, parmi les conséquences, la création d'une universalité juridique. Ainsi, la seule naissance d'un être humain fait naître parallèlement le patrimoine légal de cet être. De la même manière, le seul décès de la personne fait apparaître une succession¹⁰⁵⁸. Premier trait commun à tous ces ensembles universels, l'affectation des biens a également toujours besoin d'être opposable aux tiers pour avoir une véritable existence dans l'ordonnement juridique.

322. Rôle de l'opposabilité dans l'universalité. – L'opposabilité des actes juridiques correspond à la consécration juridique d'une situation voulue. Cette consécration résulte de la rencontre entre une volonté exprimée et l'officialisation de son assise dans l'ordre juridique par la règle de Droit. Autrement dit, un acte est rendu opposable parce que la loi reconnaît son existence dans l'ordre juridique. C'est ensuite cette reconnaissance qui permet à l'acte de rayonner en dehors de sa sphère directe et d'exister en tant que fait à l'égard des tiers¹⁰⁵⁹. Appliquée à l'universalité de droit, l'opposabilité est un élément essentiel de la notion car l'universalité juridique implique une relation avec les tiers : reposant sur la propriété et l'obligation, la masse universelle n'a d'existence qu'au regard des effets qu'elle est amenée à avoir à l'égard des créanciers. Or ceux-ci ne sont pas partie à l'acte créateur de l'universalité, ils se voient simplement opposer l'existence de cet acte. Plus exactement, « l'opposabilité procède d'une vérité banale : les hommes sont interdépendants. L'individu ne peut agir en affectant d'ignorer autrui de manière autarcique. (...) Tout fait, acte, droit ou situation par sa seule existence se propage, par une irréductible contagion sociale, en un irrésistible rayonnement, en dehors de son cercle d'activité immédiat.¹⁰⁶⁰ ». En ce sens, si l'affectation d'un bien à la poursuite d'un intérêt spécifique relève bien du rapport entre un

¹⁰⁵⁸ L'article 720 du Code civil dispose que « les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt ». Nous verrons que la succession « n'apparaît » pas réellement, elle ne fait que transformer le patrimoine légal du défunt en une nouvelle universalité, souvent imparfaite : cf. *infra* (n°544).

¹⁰⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2012, V° Opposabilité ; FR. DANOS, *th. préc.*, n°10 et s.

¹⁰⁶⁰ J. DUCLOS, *op. cit.*, n°2-3, p. 23-24.

propriétaire et son bien, les effets que cet acte va produire dépassent le simple lien entre l'homme et la chose et font intervenir les tiers, notamment les créanciers¹⁰⁶¹.

323. Définition des types d'opposabilité. – Les auteurs qui se sont penchés sur la notion distinguent l'opposabilité simple de l'opposabilité substantielle. La première se présente comme la conséquence de cette reconnaissance, par le Droit objectif, d'une volonté exprimée dans un acte. La seconde en revanche est le caractère d'un droit qui s'impose à autrui en ce que sa reconnaissance relève de l'essence même du droit¹⁰⁶². Ainsi, d'un côté, l'acte juridique est opposable et rayonne en dehors de sa sphère directe pour la seule et unique raison que la loi le permet. De l'autre côté, le droit de propriété est substantiellement opposable car son respect par les tiers est une composante du droit, il s'impose à tous. Il convient, à partir de cette dissociation des termes, de voir quel type d'opposabilité s'applique à l'universalité ou, plus précisément, à l'affectation qui est à sa source.

324. L'opposabilité simple ou substantielle de l'universalité ? – Selon le Professeur DANOS, si la créance existe à l'égard de tous, c'est parce qu'elle est objet de propriété. Il y aurait ainsi une identité entre le droit de propriété et l'opposabilité substantielle¹⁰⁶³. Il serait alors possible de raisonner par analogie. L'universalité de droit est un bien extrapatrimonial qui est rattaché à la personne par un lien d'appartenance. Partant, il serait tentant d'affirmer que l'universalité est substantiellement opposable car elle est objet de propriété. Néanmoins, nous avons vu qu'il existe, concernant les ensembles universels, des degrés d'opposabilité car certaines universalités peuvent être déclarées inopposables à l'égard de certains créanciers¹⁰⁶⁴. La séparation des gages et donc l'effectivité de l'universalité créée par un contrat de fiducie n'est opposable qu'aux tiers qui l'ont expressément acceptée¹⁰⁶⁵. De la même manière, le changement de régime matrimonial peut être opposable à certains créanciers mais pas à d'autres¹⁰⁶⁶. Est-ce à considérer alors que

¹⁰⁶¹ L'idée que l'affectation constitue une norme qui s'impose tant au propriétaire qu'aux tiers est commune aux auteurs qui se sont penchés sur la question. V. en ce sens, R. BOFFA, *op. cit.*, n°223 et s., p. 146 et s. et n°312 et s., p. 207 et s. ; Fr. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s. et A. TADROS, « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer et la définition de la propriété », *RDC* 2016/1, p. 187 et s.

¹⁰⁶² Cette analyse de l'opposabilité est mise en lumière par le Professeur DANOS qui voit dans l'opposabilité substantielle, qu'il appelle également « opposabilité *erga omnes* », un caractère exclusif du droit de propriété. Fr. DANOS, *ibid.*

¹⁰⁶³ Ainsi, seule la propriété est opposable à tous (à l'exception du propriétaire), seul un droit de propriété est substantiellement opposable : Fr. DANOS, *ibid.*

¹⁰⁶⁴ Cf. *supra* (n°398 et s.)

¹⁰⁶⁵ Art. 2025, al. 3, C. Civ.

¹⁰⁶⁶ Ainsi l'article 1397-6 subordonne-t-il l'opposabilité du changement de régime matrimonial à sa publicité mais admet son opposabilité aux tiers qui ont été informés dans l'acte conclu avec les époux.

l'universalité n'est que simplement opposable et pas substantiellement opposable ? Cela signifierait que le lien qui unit une personne avec son patrimoine ou avec n'importe quelle universalité n'est pas un droit de propriété. Il faut y conclure puisque si « l'opposabilité substantielle est par essence générale et absolue », force est alors d'admettre que l'universalité de droit n'est pas substantiellement opposable.

325. L'opposabilité de la « titularité¹⁰⁶⁷ » des biens extrapatrimoniaux. – Certaines acquisitions de propriété peuvent être rendues inopposables, notamment par la voie de l'action paulienne, ce qui semble remettre en question le caractère absolu de l'opposabilité substantielle qui s'attache à la propriété. Ce n'est pourtant pas la propriété du droit de créance qui est rendu inopposable mais son transfert. Autrement dit, l'action paulienne vise à rendre inopposable l'obligation de délivrer la chose¹⁰⁶⁸. De la même manière, une vente immobilière rendue inopposable en raison d'un défaut de publicité ne remet pas en cause la propriété même mais son transfert. Lorsqu'il est question de l'universalité de droit ou, plus généralement, des biens extrapatrimoniaux, l'opposabilité ne se présente pas de la même manière. L'opposabilité substantielle, inhérente à la propriété, repose sur un besoin d'imposer le respect d'un droit exclusif sur la chose, ce qui implique que la chose soit susceptible d'appartenir à un autre, qu'elle soit donc extérieure au sujet. Or les biens extrapatrimoniaux appartiennent effectivement à une personne déterminée mais ce lien d'appartenance ne joue pas un rôle de réservation¹⁰⁶⁹. Ainsi, si la « propriété » des biens extrapatrimoniaux rassemble bel et bien les traits de l'opposabilité substantielle, elle s'en distingue cependant en ce que la propriété des biens déjà rattachés au sujet n'a pas d'utilité (au sens d'une réservation)¹⁰⁷⁰. Parce qu'elles sont liées à la personne, ces choses n'ont donc pas besoin de la propriété pour asseoir leur appartenance à une personne ; le bien extrapatrimonial n'est pas exclusif en raison de la propriété que son titulaire exerce dessus

¹⁰⁶⁷ Nous avons vu que le lien d'appartenance qui unit les biens extrapatrimoniaux au sujet de droit correspond à une acception particulière de la propriété (cf. *supra* : n°128). Celle-ci peut en réalité recevoir une autre qualification : la titularité : cf. *infra* (n°477 et s.).

¹⁰⁶⁸ Le Professeur DANOS écrit ainsi que l'action paulienne « ne traduit pas, à ce stade, l'existence d'un droit de propriété sur la chose mais s'intègre pleinement dans le régime de l'exécution de l'obligation » : FR. DANOS, *op. cit.*, n°315, p. 346.

¹⁰⁶⁹ Cf. *supra* (n°117 et s.).

¹⁰⁷⁰ Ainsi, RIPERT écrit-il : « il n'est même pas très inexact de qualifier droits réels, le droit au respect, à la vie, à l'honneur. Nous avons en effet ici encore un droit opposable à tous. Mais la question n'a pas d'intérêt : car d'un côté, toute violation de ces droits constituera un délit pénal, ou tout au moins, un délit civil, et par suite obligera à réparation ; et d'un autre, côté comme toute réparation en nature est impossible, peu importe qu'il y ait droit de créance fondée sur la faute, ou droit réel dont la violation entraînerait la réparation » : G. RIPERT, *De l'exercice de la propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix 1905, p. 294. Dans le même sens, R. LIBCHABER, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Biens, n°4 ; Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine », in *Arch. Phil. Dr.* 1980, p. 413.

mais en raison du lien intime que la personne et la chose entretiennent. Parce que ces biens se passent de la propriété, ils n'ont pas besoin de l'opposabilité. On remarquera d'ailleurs que toutes les fois qu'une universalité de droit est déclarée inopposable à l'égard de certains créanciers, ce n'est pas la propriété des biens contenus dans l'ensemble universel qui est remise en cause mais son affectation à l'intérêt qui fédère ledit ensemble¹⁰⁷¹. Autrement dit, l'existence même de l'universalité n'est pas remise en cause, c'est sa fonction que l'on cherche à neutraliser.

326. L'opposabilité des universalités de droit. – La création d'une universalité de droit a vocation à être opposable à tous. Ainsi, la situation d'indivision emporte des conséquences pour les créanciers antérieurs comme pour les nouveaux créanciers¹⁰⁷². De la même manière, l'acte constitutif de l'EIRL est, en principe, opposable à tous les créanciers, ceux dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt¹⁰⁷³ mais également aux créanciers dits antérieurs¹⁰⁷⁴. Il en va de même du contrat de fiducie¹⁰⁷⁵ ou du contrat de gestion d'un fonds commun de titrisation. Il est possible de déduire de cette première approche que toutes les universalités ne peuvent se passer de l'opposabilité.

327. Nécessité de l'opposabilité. – Certaines universalités naissent par le seul effet de la loi. Plus exactement, le Code civil prévoit des situations où, par l'arrivée d'un événement, une universalité apparaît. C'est donc que l'affectation des biens à la poursuite d'un intérêt spécifique – qui engendre une affectation de ces biens à certaines dettes – peut avoir lieu de plein droit. Ainsi en est-il du patrimoine légal mais également de l'indivision successorale ou de la masse commune¹⁰⁷⁶. Il est également des universalités juridiques qui naissent cette fois d'actes juridiques rendus opposables par un système de publicité. Il en va d'abord ainsi du contrat de société qui doit être immatriculé au centre de formalités des

¹⁰⁷¹ On s'en rend d'ailleurs compte pour l'EIRL en analysant la sanction des formalités destinées à assurer l'opposabilité de l'affectation. La violation des règles encadrant la déclaration d'affectation entraîne la réunion des patrimoines : Com, 7 févr. 2018, n°16-24481, *D.* 2018, p. 292, obs. A. LIENHARD. Il n'est pas question ici de remettre en question la propriété des biens mais leur affectation à certaines dettes. Il s'agit, autrement dit, de déterminer l'assiette du droit de poursuite des créanciers.

¹⁰⁷² Art. 815-17, C. Civ.

¹⁰⁷³ Art. L.526-12, C. Com.

¹⁰⁷⁴ DC, 10 juin 2010, JO 16 juin 2010, p. 10988 ; *D.* 2010, p. 2353, note MOUTON : ces dispositions ont été abrogées par la loi du 9 décembre 2016.

¹⁰⁷⁵ Art. 2025, C. Civ.

¹⁰⁷⁶ Qui naît de l'union matrimoniale où les époux ne choisissent aucun régime spécifique pour gérer leurs biens (art. 1397, C. Civ.).

entreprises¹⁰⁷⁷, mais aussi du contrat de fiducie¹⁰⁷⁸ ou de l'acte de constitution de l'EIRL¹⁰⁷⁹. Qu'elle résulte d'une volonté légale ou d'une volonté individuelle, le régime de l'universalité de droit est d'abord construit autour de son opposabilité, premier élément nécessaire à son existence. L'objectif est alors d'assurer l'effectivité de l'affectation, son respect par les tiers mais aussi par le titulaire. À l'image du contrat¹⁰⁸⁰, la création de l'ensemble universel a en effet vocation à servir de fait social que les tiers ne peuvent pas ignorer. Plus encore, depuis le fameux arrêt BOOTSHOP, le contrat ne constitue pas uniquement une situation que les tiers doivent respecter, son rayonnement en dehors de sa sphère directe – donc son opposabilité – permet au tiers, qui a subi un dommage du fait de l'inexécution contractuelle, de s'appuyer sur cette dernière pour obtenir réparation¹⁰⁸¹. De la même manière, l'acte fondateur de toute universalité de droit doit pouvoir rayonner en dehors de sa sphère directe, celle de l'individu par rapport à ses biens, car c'est sur cette opposabilité que repose l'étendue des droits des créanciers. Il s'agit, *in fine*, de rendre opposable, le lien entre l'universalité et son titulaire. Pour se faire, la loi prévoit déjà des mécanismes assurant l'information et, conséquemment, l'opposabilité de l'affectation. Il convient alors de s'en inspirer pour établir le régime commun de l'opposabilité des universalités juridiques.

328. Signes de l'opposabilité en droit positif. – Il est plusieurs moyens d'assurer l'opposabilité d'une affectation. L'immeuble par destination passe par exemple par une preuve matérielle, un élément objectif permettant d'extérioriser l'affectation du meuble à l'exploitation de l'immeuble¹⁰⁸². Ce procédé, quoique des plus efficaces et convaincants, n'est plus approprié à notre ère. Le patrimoine d'affectation ou la masse liquidative comprend souvent des biens incorporels pour lesquels il serait difficile d'extérioriser l'affectation par un rattachement matériel. Aussi est-il sans doute plus pertinent d'avoir recours à un système de publicité. À y regarder de plus près d'ailleurs, le patrimoine légal comme les universalités qualifiées de patrimoines font déjà l'objet d'une telle publicité. Les personnes physiques sont

¹⁰⁷⁷ Art. L. 123-1, C. Com. ; art. R.123-53 et s., C. Com.

¹⁰⁷⁸ Art. 2019, C. Civ.

¹⁰⁷⁹ Art. L.526-7, C. Com.

¹⁰⁸⁰ Art. 1200, C. Civ. V. aussi A. WEILL, *Le principe de relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz 1938, spéc. n°589 et s., p. 1007 et s. L'auteur écrit justement : « les conventions ne peuvent ni créer une obligation à la charge d'un tiers ni lui conférer un droit. De ce que l'effet d'un contrat e peut dépasser le cercle des parties contractantes, il ne faut pas déduire le principe que la source de cet effet, le contrat lui-même, n'existe pas au dehors : aussi nous sommes-nous attachés à distinguer l'effet obligatoire des conventions d'avec leur opposabilité » (n°589, p. 1008).

¹⁰⁸¹ Ass. Plén., 6 oct. 2006, *Bootshop*, n°05-13255, Bull. AP 2006, n°9, p. 23 ; D. 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *RTD Civ.* 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰⁸² Les exemples en jurisprudences sont nombreux : v. ainsi Civ. 2^e, 5 avril 1965, II, 14233 ; Civ. 1^e, 5 mars 1991, n°89-14626 ; Civ. 3^e, 7 juill. 1981, D. 1983, IR 13, obs. Robert.

déclarées à l'état civil dès leur naissance¹⁰⁸³ et les personnes morales font l'objet d'une immatriculation¹⁰⁸⁴. La personnalité juridique et le patrimoine légal qui en découle¹⁰⁸⁵ font donc nécessairement l'objet d'un enregistrement public assurant l'opposabilité de l'ensemble universel. La fiducie¹⁰⁸⁶ et l'EIRL¹⁰⁸⁷ bénéficient également d'un registre de publicité. Seules semblent y échapper les universalités imparfaites. Est-ce alors à considérer que ces universalités juridiques ne sont pas opposables aux tiers ? Il est permis d'en douter. À l'étude, l'indivision est dotée de deux modes d'opposabilité différents. D'une part l'indivision légale bénéficie d'une opposabilité particulièrement forte puisque, résultant soit d'un décès, soit d'un divorce, le fait s'impose au Droit et la situation d'indivision est donc *de facto* opposable à tous. D'autre part, l'indivision conventionnelle, résultant d'une convention, bénéficie naturellement de la même opposabilité que tous les actes juridiques. En ce sens, l'article 1873-15 du Code civil impose aussi, par renvoi à l'article 815-17, une distinction des créanciers. Mais à la différence des créanciers de l'indivision légale, les créanciers personnels de cette indivision n'ont pas droit de provoquer le partage car « les créanciers des indivisaires ne sont pas dotés de plus de droits que leur débiteur car la convention leur est opposable.¹⁰⁸⁸ ». Quoiqu'il en soit, l'indivision s'impose toujours de telle sorte qu'une distinction entre les créanciers personnels des indivisaires et les créanciers de l'indivision apparaît toujours. De la même manière, le législateur assure, par les règles édictées aux articles 1410 et suivants, la division des créanciers de la masse commune et des créanciers des masses propres des époux sans qu'il y ait dérogation possible. La vigueur avec laquelle ces règles de division des créanciers s'appliquent invite à s'interroger sur les moyens de rendre opposable l'existence de ces universalités imparfaites. Or force est de voir que l'acte

¹⁰⁸³ Il est communément admis aujourd'hui que la personnalité juridique de la personne physique s'acquiert à la naissance. V. par ex. J.L. AUBERT, *Introduction au droit*, éd. Armand Colin 2010, n°189 ; B. BEIGNIER & C. BLÉRY, *Cours d'introduction au droit*, Montchrestien 2008, n°191 ; G. CORNU, *Les personnes*, Montchrestien 2007, n° 7 ; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Les personnes*, LGDJ 1989, n°41 ; H., L., J. MAZEAUD & FR. CHABAS, *Les personnes*, Montchrestien 1997, n°443 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les personnes*, PUF 2006, n°9.

¹⁰⁸⁴ L'immatriculation marque la date d'acquisition de la personnalité morale de la société : art. 1842, C. Civ.

¹⁰⁸⁵ Dans la tradition juridique française, l'acquisition de la personnalité juridique fait apparaître un patrimoine, ce qui semble unanimement admis par la doctrine concernant les personnes morales mais qui n'est clairement affirmée que par très peu d'auteurs concernant les personnes physiques. V. néanmoins FR. ZÉNATI & TH. REVET, *op. cit.*, n°9 et 12, p. 26 & 29 ; N. BARUCHEL, *La Personnalité morale en droit privé – Eléments pour une théorie*, LGDJ 2004, n°493 et s., p. 284 et s.

Concernant les personnes morales, v. les nombreux ouvrages parmi lesquels PH. MALAURIE, *Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ-Lextenso 2016, n°350, p. 196 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *op. cit.*, n°10, p. 28 ; M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNecis 2016, n°299 et s., p. 142 et s. ; P. LE CANNU & B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ-Lextenso 2015, n°439 et s., p. 283 et s.

¹⁰⁸⁶ Art. 2020, C. Civ.

¹⁰⁸⁷ Art. L526-7, C. Com.

¹⁰⁸⁸ CH. ALBIGES, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Indivision : Régime conventionnel, n°94.

de décès ou l'acte de mariage permet d'assurer la publicité et, partant, l'opposabilité de l'événement aux tiers. On constate d'ailleurs que lorsque des époux choisissent de rédiger un contrat de mariage, celui-ci est annexé à l'acte de mariage et en cas de violation des règles générales concernant sa publicité, c'est bien l'inopposabilité de la convention matrimoniale qui joue¹⁰⁸⁹.

329. La publicité des universalités de droit. – Une règle de fond, commune à toutes les universalités, semble naître de cette première analyse. L'ensemble universel naît d'une affectation des biens et cette affectation doit être rendue opposable par un moyen prévu par la loi. En ce sens, les différentes universalités de droit empruntent leur régime, en termes d'opposabilité, à l'acte, instrument de leur existence. Face à cette diversité de modes d'opposabilité, il est légitime de s'interroger sur l'opportunité d'une règle unitaire assurant l'opposabilité aux tiers et par les tiers, des universalités de droit. La fonction de ces dernières correspondant à un aménagement du droit de gage des créanciers, il serait tentant, d'un point de vue théorique, de proposer de recenser les évolutions du patrimoine du débiteur pour informer les tiers. Force est pourtant de voir que la limitation du gage des créanciers par la création d'une universalité de droit est toujours accompagnée d'une garantie au profit des créanciers dits antérieurs. De la sorte, peu importe le mode d'opposabilité, l'affectation à l'origine d'un ensemble universel est, par principe, efficace et ne devrait tomber que sous la preuve d'une fraude, ce que nous verrons plus tard¹⁰⁹⁰. Autrement dit, le premier élément de régime, commun à toutes les universalités juridiques, réside dans l'importance de l'opposabilité mais pas dans les moyens de cette opposabilité. Ce trait, commun à toute universalité juridique, participe donc davantage à la construction d'un droit conceptuel de l'universalité. Il permet surtout de comprendre les liens qu'entretiennent la notion d'universalité de droit et celles d'affectation et d'opposabilité.

330. L'affectation des biens patrimoniaux à la garantie des dettes. – La fonction de responsabilisation inhérente à tout bien patrimonial passe par un engagement de ces biens lorsqu'une personne s'engage dans des liens d'obligation. Nous avons vu que cette corrélation, établie entre les biens et les dettes, se produit par une affectation légale : les biens sont affectés par la loi à la garantie des dettes du propriétaire¹⁰⁹¹. Mais l'affectation, opération reposant sur une volonté, devient fonction lorsque l'usage déterminé participe de l'essence

¹⁰⁸⁹ Art. 1398, al. 2, C. Civ.

¹⁰⁹⁰ Cf. *infra* (n°402 et s.)

¹⁰⁹¹ Art. 2284 et 2285, C. Civ.

de la chose¹⁰⁹². C'est sur ce critère qu'il est possible de distinguer affectation et fonction. L'affectation vient en réalité instrumentaliser la fonction de la chose, en finalisant son utilité¹⁰⁹³. Autrement dit, la fonction, usage par nature, est détournée par l'affectation, usage volontaire. Cette paire de ciseaux sera dédiée à la seule découpe du tissu et cette automobile ne servira qu'aux seuls déplacements professionnels. Ici l'usage essentiel de la chose n'est pas changé, il est simplement tourné vers un objectif, de sorte que l'affectation ne peut être confondue avec la fonction, car celle-ci est purement objective quand celle-là est éminemment subjective. Il s'agit alors d'envisager, dans un cas, l'usage de la chose indépendamment de la volonté individuelle et subjective du propriétaire pour ne s'intéresser qu'à sa seule utilité, sinon objective, au moins intersubjective¹⁰⁹⁴. Dans l'autre cas en revanche, il s'agira d'employer ce même usage à un objectif déterminé par la volonté et, partant, par des considérations subjectives. On pourrait d'ailleurs transposer à cette analyse la distinction entre cause efficiente et cause finale : la fonction serait la cause efficiente, condition nécessaire à la définition du bien car il n'est pas de bien inutile ; l'affectation serait alors une cause finale puisque l'utilité dudit bien est tournée vers un objectif, vers un intérêt particulier¹⁰⁹⁵. Ce nouveau prisme à travers lequel la chose est envisagée permet de confirmer la fonction comme une partie intégrante de la chose quand l'affectation se présente comme un usage possible de la chose. Ainsi, selon qu'on se situe du point de vue des choses ou de celui des biens patrimoniaux, l'utilisation des biens à la garantie des dettes peut se présenter comme une affectation ou comme une fonction. Du point de vue des choses, c'est une affectation puisque parmi les choses, il y a celles qui sont affectées aux créanciers, celles qui sont affectées à l'usage commun et celles qui sont affectées à la personne. Du point de vue

¹⁰⁹² Cf. *supra* (n°26 et n°330)

¹⁰⁹³ A.L. THOMAT-RAYNAUD fait également, dans sa thèse, le rapprochement entre ces diverses notions : elle range ainsi parmi « les notions à connotation finaliste et fonctionnelle », le but, la destination et l'utilité pour déterminer la fin vers laquelle l'affectation va tendre : A.L. THOMAT-RAYNAUD, th. préc., n°896 et s., p. 415 et s.

¹⁰⁹⁴ L'intersubjectivité résulte, une fois encore, de la normalité : ce qui est communément pratiqué n'est pas tant objectif qu'intersubjectif. Pour une distinction de ces termes, v. FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica* 2008, n°140 et s., p. 147 et s. ; cf. *supra* (n°110).

Des auteurs ont ainsi proposé de voir une catégorie intermédiaire de destination, entre l'affectation et la fonction. Il existerait en effet des utilisations prolongées du bien qui ne relèvent ni de l'essence même de la chose ni de son affectation mais des mœurs ou des « codes sociaux ». On parlerait alors de « destination normale de la chose » : R. BOFFA, *La destination des choses*, *Defrénois* 2008, n°36 et s., p. 32-33.

¹⁰⁹⁵ Pour une présentation claire de la distinction, v. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *LGDJ* 2006, n°107 et s., p. 68 et s. Il faut noter par ailleurs que la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016 remplace, dans le droit commun des contrats, la cause par la notion de but.

Le rapprochement n'est donc pas nouveau et il est surtout désormais de Droit positif : en ce sens, G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *Dalloz* 2016, n°404, p. 330.

du bien patrimonial, en revanche, l'usage des biens à la garantie des dettes n'est plus une simple affectation¹⁰⁹⁶, c'est une fonction puisque, s'agissant d'une caractéristique commune et donc objective de tous ces biens, elle participe de son essence.

331. L'affectation spéciale des biens patrimoniaux. – Le raisonnement se poursuit lorsqu'il s'agit non plus de la distinction entre biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux mais de celle concernant les différents biens patrimoniaux dans la mise en œuvre de leur fonction. Si tous ces biens servent de garantie aux dettes de leur propriétaire mais que celui-ci décide d'affecter certains biens à la garantie de certaines dettes, l'affectation vient alors préciser la fonction, elle la complète. La technique n'est pas inconnue du Droit ; ainsi en est-il de la créance nantie. Si elle représente une prestation et permet donc à son propriétaire d'obtenir paiement, elle peut néanmoins être affectée à la garantie d'une dette. Dans cette situation, la volonté instrumentalise l'utilité de la chose à des fins différentes de son usage attendu. Autrement dit, l'affectation vient ici compléter la fonction, elle l'exploite en vue d'une fin¹⁰⁹⁷. Appliquée à l'universalité de droit, ce raisonnement permet de comprendre les origines de chaque masse universelle. L'affectation légale des biens patrimoniaux au désintéressement des créanciers, c'est-à-dire la fonction des biens patrimoniaux, est orientée au profit de certains créanciers par une affectation volontaire¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ Cf. *supra* (n°330).

¹⁰⁹⁷ Le Code civil définit lui-même le nantissement comme « l'affectation en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs » (art. 2355, C. Civ.). Nombreux sont également les auteurs qui voient dans cette sûreté, une affectation de la créance, un détournement de son usage. Ainsi, un auteur écrit-il que « le nantissement ne serait pas un simple gage portant sur un rapport d'obligation, mais une opération sur créance destinée à anticiper la mise en gage de l'objet de cette obligation » : M. JULIENNE, « La nature juridique du nantissement de créance », in *Mélanges D. MARTIN*, LGDJ-Lextenso 2015, p. 315 et s. ; du même auteur, *Le nantissement de créance*, Economica 2012. Dans le même sens, D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica 1986 ; C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Litec 2001 ; PH. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz 2016, n°652 et s., p. 605 ; L. AYNÈS & P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ-Lextenso 2017, n°525, p. 324 ; PH. THÉRY, *Les sûretés*, PUF 1998, n°6, p. 13 ; M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Montchrestien 2010, n°1582, p. 432 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC & PH. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis-Litec 2010, n°774 et s., p. 580 et s. ; H. SYNDET, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. & Patrim.* 2005/140, p. 64 et s. ; P. CROCQ, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Nantissement, spéc. n°27 et s. ; L. AYNÈS, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. & Patrim.* 2007, p. 54.

¹⁰⁹⁸ L'affectation complète la fonction quand elle ne contredit pas la nature de la chose. Ainsi un auteur écrit qu'il convient de « distinguer cette destination naturelle des droits, tenant à la structure des objets sur lesquels ils portent, de la destination tenant à leur affectation particulière » : R. GARRON, « Influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.* 1965, Chron. p. 191 et s., spéc. n°13, p. 195. L'auteur emploie les termes différemment en distinguant l'aspect structurel et l'aspect fonctionnel de la destination. Or ce dernier aspect fonctionnel correspond, pour l'auteur, à l'usage effectif de la chose et non à l'utilité objective et potentielle de la chose. C'est cet emploi du terme « fonctionnel » qui est, à notre sens, critiquable. La fonction se rattache à l'essence d'une chose, à son utilité structurelle. La distinction proposée par l'auteur est donc pertinente mais elle repose sur des termes erronés. On le voit bien d'ailleurs lorsqu'il écrit que « le législateur fait prévaloir la

332. Conséquences de l'affectation en Droit des biens. – Nous avons vu que l'affectation crée normalement un régime dérogatoire qui s'impose tant aux tiers qu'au propriétaire du bien¹⁰⁹⁹. Concernant ce dernier, l'affectation doit normalement créer une indisponibilité au moins partielle du bien¹¹⁰⁰. Parce qu'elle a vocation à durer, l'affectation est un usage prolongé du bien sur lequel les tiers doivent pouvoir compter ; en ce sens, le propriétaire ne peut choisir d'affecter et de désaffecter le bien à sa guise à moins que les droits des tiers sur ledit bien soient préservés. Le respect de l'affectation devrait, par conséquent, produire une indisponibilité du bien¹¹⁰¹. Ainsi, les affectations peuvent empêcher le propriétaire de disposer du bien affecté : il en va ainsi par exemple du logement de la famille¹¹⁰². Cette idée est d'ailleurs cohérente avec le constat précédemment établi selon lequel l'universalité – et l'affectation qui est à son origine – doit trouver un moyen pour être opposable aux tiers et notamment aux créanciers¹¹⁰³.

333. L'indisponibilité tombe face à la fongibilité et à la subrogation réelle. – Cette indisponibilité est souvent neutralisée, de sorte que le propriétaire du bien recouvre son droit d'aliéner la chose, le droit que les tiers ont acquis sur le bien étant préservé. Ainsi, l'affectation d'un bien à la garantie d'une dette spécifique par la technique de la sûreté réelle, n'empêche pas le propriétaire du bien de le céder dès lors que le créancier titulaire de la sûreté bénéficie d'un droit de suite¹¹⁰⁴. Au sein d'une universalité de droit, le droit qu'il s'agit de préserver est celui des créanciers. Or celui-ci n'est pas atteint par l'aliénation d'un bien affecté dans la mesure où, comme nous avons pu le constater, la valeur globale de l'universalité et, partant, de l'assiette de leur droit de poursuite, est sauvegardée par le jeu de la fongibilité d'une part et de la subrogation réelle d'autre part¹¹⁰⁵. Cette théorie se vérifie

fonction sur la structure » alors qu'il aurait fallu écrire que la volonté prime sur la nature. Dans le même sens, GUINCHARD écrit que cette distinction « doit être précisée (...) car elle peut faire croire que la destination des biens n'est pas une notion fonctionnelle » : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°50, p. 40. Dans le même sens, R. BOFFA, *op. cit.*, n°86 et s., p. 63 et s.

¹⁰⁹⁹ Cf. *supra* (n°57-58)

¹¹⁰⁰ Dans la mesure où l'affectation vient limiter les prérogatives du propriétaire sur sa chose : cf. *supra* (n°59)

¹¹⁰¹ FR. DANOS, « Les restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s. ; dans le même sens, les Professeurs ZÉNATI et REVET écrivent que « l'affectation provoque une restriction des utilités de la chose, contrepartie de l'utilité promise (...) » : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°236, p. 383. Les deux éminents auteurs visent ici l'hypothèse où l'affectation ne remet pas en cause la fonction du bien, elle ne fait que la préciser. Dans le même sens, R. BOFFA, *op. cit.*, n°533 et s., p. 395 et s.

¹¹⁰² Art. 215, al. 3, C. Civ.

¹¹⁰³ Cf. *supra* (n°322).

¹¹⁰⁴ L. AYNÈS & P. CROCQ, *op. cit.*, n°401, p. 222 ; dans le même sens, CH. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *Economica* 2016, n°141, p. 135

¹¹⁰⁵ Dans certaines hypothèses, la protection des créanciers d'une universalité juridique est renforcée par d'autres moyens. Ainsi en est-il de l'obligation qui pèse sur les sociétés concernant l'information comptable (art. L.232-22, L.232-23, L.612-1, C. Com). Nous verrons que les créanciers bénéficient d'une protection contre la fraude du débiteur aussi : cf. *infra* (n°403 et n°429).

dans toutes les universalités de droit¹¹⁰⁶. Mais l'affectation produit également des effets à l'égard des tiers. Ainsi, l'affectation d'un bien immobilier à un usage d'habitation n'offre pas les mêmes droits au locataire que lorsque le bien est destiné à un usage commercial. Dans le cadre de l'universalité de droit, l'affectation va surtout créer une insaisissabilité à l'égard de certains créanciers.

II. L'insaisissabilité partielle des biens de l'universalité de droit

334. L'idée d'une insaisissabilité relative. – Parmi les effets communs à toutes les universalités de droit et notamment aux biens qui y figurent, il est possible de constater une paralysie de certaines de leurs utilités. L'universalité juridique est, nous l'avons vu, un outil pour aménager le gage général des créanciers. Pour y parvenir, le débiteur affecte ses biens à la garantie de certaines dettes à l'exclusion d'autres. Il en résulte donc nécessairement une insaisissabilité pour ces autres créanciers qui ne profitent pas de la création de l'universalité mais qui la subissent. Il est dès lors possible d'affirmer que toute création d'universalité de droit engendre une insaisissabilité des biens affectés (A). Mais celle-ci profite à certains et les biens insaisissables pour les uns demeurent à la portée des autres, c'est donc une insaisissabilité relative (B).

A. L'insaisissabilité des biens de l'universalité de droit

335. Première approche de l'insaisissabilité. – L'insaisissabilité peut se présenter de deux manières qu'il conviendra de vérifier. Afin de comprendre cette notion et surtout de s'en servir pour déterminer l'actif des universalités, il faut partir d'une définition primaire de l'insaisissabilité. Présentée comme un état de la chose, l'insaisissabilité peut être de son essence même et participer de sa nature ou elle peut être le résultat d'une volonté et se présenter alors comme l'affectation d'un bien à une nouvelle fin¹¹⁰⁷. Cette double présentation de l'insaisissabilité appelle une remarque et soulève une question. Il faut d'abord remarquer que l'insaisissabilité, qu'elle soit inhérente à la chose ou qu'elle soit la conséquence d'une volonté, relève toujours d'une affectation¹¹⁰⁸. Mais certaines affectations

¹¹⁰⁶ Cf. *supra* (n°77 et s.).

¹¹⁰⁷ En ce sens, une auteure envisage la saisissabilité comme une affectation du bien au désintéressement des créanciers (ce que nous avons également vu concernant les biens patrimoniaux : cf. *supra*). Madame ROMAN voit alors l'insaisissabilité comme une a-affectation, une désaffectation ou une inaffectation : B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité – Contribution à l'étude des biens*, th. Paris 1 2008, spéc. n°123 et s., p. 145 et s.

¹¹⁰⁸ Madame ROMAN explique par exemple que les biens que la loi déclare insaisissables sont fondés sur leur sacralité ou leur néo-sacralité, laquelle reposait autrefois sur une affectation des biens au domaine des dieux et

résultent de la loi quand d'autres sont le produit d'une volonté individuelle. Ensuite, lorsqu'elle n'est qu'un état de la chose, résultant d'une affectation temporaire, l'insaisissabilité ne dure que tant que dure l'affectation. Partant, les insaisissabilités qu'on qualifiera de relatives, pourraient venir déterminer l'assiette du gage général des créanciers. Mais dans ce cas, l'insaisissabilité relative ne permet-elle pas de dessiner plusieurs assiettes au droit de gage de plusieurs catégories de créanciers ? C'est à cette interrogation qu'il convient de répondre.

336. L'insaisissabilité absolue, un caractère de la chose. – L'insaisissabilité peut être définie comme « le caractère d'un bien appartenant au débiteur mais qui, par exception, ne fait pas partie du gage général de ses créanciers.¹¹⁰⁹ ». À ce titre, l'insaisissabilité est nécessairement présentée comme une qualité du bien¹¹¹⁰. Elle a quelque chose d'objectif et ne peut dépendre des circonstances de la saisie, de la tentative de saisie. Autrement dit, selon cette présentation, un bien est ou n'est pas insaisissable. En tant que qualité de la chose, l'insaisissabilité devrait donc s'imposer à tous. La concevoir ainsi n'est pourtant pas satisfaisant dès lors que certains biens sont insaisissables un temps pour ne plus l'être par la suite. Le bien frappé d'une clause d'inaliénabilité par exemple est insaisissable tant que la clause produit ses effets mais celle-ci ne peut être éternelle¹¹¹¹. Certains biens ne sont par ailleurs insaisissables qu'à l'égard de certains créanciers¹¹¹². Cette contingence ne concerne pourtant pas tous les biens¹¹¹³ et il convient alors de distinguer les insaisissabilités relatives des insaisissabilités absolues¹¹¹⁴.

désormais sur l'affectation de ces biens à la personne humaine : B. ROMAN, *op. cit.*, n°160 et s., p. 176 et s. Dans le même sens au sujet du lien entre insaisissabilité et affectation : PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Droit civil – Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°22, p. 28 ; M.L. MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil – Les biens*, Sirey 2010, n°148, p. 54 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°328 et s., p. 601 et s. : ici l'auteur fait une distinction entre l'insaisissabilité des biens du domaine public qui est fondée sur l'immunité d'exécution dont jouissent les personnes morales de Droit public et l'insaisissabilité des biens du domaine privé fondée sur leur affectation.

¹¹⁰⁹ N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016, n°754, p. 409.

¹¹¹⁰ Rapp. CL. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2015, n°68 et s., p. 42 et s.

¹¹¹¹ L'article 900-1 du Code civil subordonne la validité de ces clauses à une condition de durée : elles ne peuvent être que temporaires.

¹¹¹² Les biens indivis par exemple sont saisissables pour les créanciers de l'indivision mais insaisissables à l'égard des créanciers personnels des indivisaires (art. 815-17, C. Civ.).

¹¹¹³ Les éléments du corps humain sont absolument insaisissables et cette insaisissabilité vaut de tout temps et à l'égard de tous les créanciers.

¹¹¹⁴ En ce sens, B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I 2008, n°220 et s., p. 253 et s. ; A. LE BAYON, « Observations sur la nouvelle saisie des rémunérations », in *Mélanges H. BLAISE*, Economica 1995, p. 287 et s., spéc. n°15-16, p. 291-292 ; S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, th. Aix-Marseille 1990, n°497 et s., p. 551 et s.

337. L'insaisissabilité relative, un état de la chose. – Il existe des insaisissabilités temporaires, voire indirectes, qui paralysent la valeur d'un bien sans le soustraire, à proprement parler, de l'actif d'une universalité de droit. Plutôt qu'un caractère du bien, l'insaisissabilité se présente alors comme un état, temporaire ou permanent, de la chose. On préférera donc la définition proposée par la Professeure LEBORGNE selon laquelle « l'insaisissabilité, situation d'un bien qui est exceptionnellement soustrait au droit du créancier d'agir en exécution forcée, peut n'affecter que certains biens et ne s'impose pas nécessairement à tous les créanciers¹¹¹⁵ ». Définie ainsi, l'insaisissabilité conserve une part d'objectivité puisqu'elle repose sur une réalité juridique établie qui s'impose, au moins, à deux personnes : le propriétaire du bien et au moins un de ses créanciers. Pourtant, l'inopposabilité de cet état du bien à certains créanciers du débiteur fait entrer une part subjective dans l'appréciation de l'insaisissabilité ; c'est donc qu'elle peut n'être que relative.

338. Le rôle de l'insaisissabilité absolue dans la qualification des universalités. – Nous avons vu que l'insaisissabilité permet de déterminer les biens qui intègrent ou ceux qui sont exclus du patrimoine¹¹¹⁶ ; le critère du bien extrapatrimonial réside alors dans son insaisissabilité absolue. Seule cette dernière permet de faire la distinction entre le patrimonial et l'extrapatrimonial car les biens qui, par leur nature, sont et seront toujours insaisissables, ne pourront jamais servir de garantie et n'auront donc jamais vocation à intégrer une quelconque universalité de droit, qu'il s'agisse du patrimoine légal, d'un « patrimoine affecté » ou d'une universalité imparfaite¹¹¹⁷. Si l'insaisissabilité permet de déterminer le contenu du patrimoine et que le patrimoine est une espèce du genre universalité, l'insaisissabilité doit alors permettre d'identifier, dans une moindre mesure, le contenu de toutes les universalités de droit¹¹¹⁸. En ce sens, on remarque que les biens absolument insaisissables n'ont vocation à entrer dans aucune universalité de droit. Les éléments du corps humain, biens extrapatrimoniaux par excellence, sont absolument insaisissables et ne peuvent donc remplir la fonction des universalités juridiques. Parce que ces biens ne peuvent servir

¹¹¹⁵ A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution – Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz 2014, n°584, p. 275.

¹¹¹⁶ Cf. *supra* (n°125).

¹¹¹⁷ Autrement dit, les éléments du corps humains ne peuvent être affectés par leur titulaire à la garantie d'aucune dette. C'est ce qui résulte de l'article 16-1 du Code civil qui prévoit dans son second alinéa que « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

¹¹¹⁸ L'effectivité du droit de poursuite des créanciers est ainsi remise en cause par la création d'une universalité juridique. Autrement dit, l'apparition de nouvelles universalités, aux côtés du patrimoine légal, force à voir une division du gage général des créanciers qui doit passer par une insaisissabilité à l'égard de certains d'entre eux. En ce sens, A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, spéc. n°308 et s., p. 145 et s. ; M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII 2010, n°260 et s., p. 206 et s.

au désintéressement des créanciers, ils n'ont jamais vocation à être affectés à la garantie de dettes et, partant, à intégrer un ensemble universel. Autrement dit, les éléments du corps humain sont soustraits du droit de poursuite de tous les créanciers et ne sont pas placés dans une autre universalité de droit qui serait réservée à une autre catégorie de créanciers ; il n'existe donc pas de patrimoine affecté au corps humain.

339. Disqualification des ensembles non universels. – Cette analyse de l'insaisissabilité est cohérente avec l'idée selon laquelle le rassemblement de certains biens, non affectés à des dettes, ne peut constituer une universalité de droit. Certains auteurs ont pourtant proposé de voir, dans l'ensemble des biens qui servent à la protection de la personne humaine, un patrimoine ou, du moins, une universalité juridique¹¹¹⁹. La Professeure ROCHFELD a, dans son ouvrage¹¹²⁰ et à l'occasion de son commentaire de la loi sur l'initiative économique du 1er août 2003¹¹²¹, proposé de voir, dans l'avènement de plusieurs insaisissabilités ponctuelles, un patrimoine de dignité. L'ensemble de ces biens, affectés à la personne et à son « intégration sociale minimale », formerait un sous-patrimoine, une masse à part. Le critère de définition de l'universalité se trouvant dans l'autonomie de la masse, laquelle se déduit de l'existence d'un passif propre, fait néanmoins défaut ici¹¹²². Ce rassemblement n'est pas orienté vers le désintéressement des créanciers, vers l'aménagement d'un nouveau droit de gage général. S'il est vrai que le législateur organise désormais un minimum matériel permettant de subvenir aux besoins de la personne, voire de la famille, cette protection ne tend pas à réserver les biens au profit du droit de poursuite de certains créanciers. En d'autres termes, l'ensemble des biens assurant la dignité de la personne n'a pas de passif propre. L'ensemble ainsi conceptualisé ne correspond donc pas à la qualification d'universalité de droit précédemment découverte. Les biens réunis partagent effectivement une destination commune : orientés vers la protection de la personne, ils remplissent un même rôle, suivent un même destin et sont d'ailleurs soumis à un régime identique. Pourtant,

¹¹¹⁹ H. GAZIN, p. 335 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.24, p. 382 et s.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹²¹ J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité », comm. de la loi n°2003-721 du 1er août 2003, *RTD Civ.* 2003, p. 743.

¹¹²² Madame la Professeure ROCHFELD l'écrit d'ailleurs : « de façon plus que paradoxale, les ressources qui intègrent ces *patrimoines* deviennent par là extra-patrimoniales. En effet pour servir leur fonction de conservation et de transmission, ainsi que d'usage collectifs, ces patrimoines impliquent d'être soumis à un régime qui les soustrait aux échanges ordinaires ou, au moins, les encadre. L'intégration d'un élément dans l'un de ces patrimoines induit donc la disparition ou la minimisation de sa valeur patrimoniale et la disparition de sa valeur marchande. » : *op. cit.* n°6.33, p. 397. Dans le même sens déjà, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, éd. La Mémoire du droit 2001, p. 389 et s.

l'absence de corrélation entre ces biens et des dettes, peu importe leur origine, empêche de voir dans ce rassemblement une universalité juridique¹¹²³.

340. Rôles des insaisissabilités. – De cette première approche de l'insaisissabilité apparaissent plusieurs conséquences. Au-delà de l'existence de types d'insaisissabilités – relative et absolue –, il semblerait que toute insaisissabilité résulte forcément d'une affectation, légale ou volontaire. Cette affectation ne donne pourtant pas toujours naissance à une universalité de droit. L'affectation – et l'insaisissabilité qui en découle – est donc un élément nécessaire à la création d'une universalité juridique mais un élément insuffisant, ce que nous avons déjà pu constater¹¹²⁴. C'est d'ailleurs sur cette idée que repose la distinction entre universalité de fait et universalité de droit¹¹²⁵. Peut-être serait-il alors possible de voir le corps humain comme une universalité de fait extrapatrimoniale. Le rassemblement des biens servant à la protection de la personne n'a qu'une vocation temporaire : c'est l'affectation de biens à la survie d'un individu ou de sa famille. Ce rassemblement ne répond pourtant pas de la fonction de responsabilisation attachée à l'universalité de droit. Par ailleurs, elle disparaît sans être l'objet d'une opération de liquidation spécifique ou de transmission universelle¹¹²⁶. En ce sens, l'ensemble ainsi créé pourrait être envisagé comme une simple universalité de fait c'est-à-dire un ensemble de biens formant un bien. Le bien ainsi formé ne serait en revanche qu'un bien extrapatrimonial extrait du gage commun des créanciers. L'avantage de cette analyse réside dans la distinction entre le contenant et le contenu, permettant d'intégrer dans l'ensemble certains biens qui sont saisissables un temps mais qui deviennent insaisissables à d'autres moments. Ainsi, « l'universalité de dignité » serait, du vivant de son titulaire, toujours composée de son corps ainsi que des éléments qui en sont issus. Elle pourrait en revanche comprendre les meubles meublants servant à sa dignité lorsque ceux-ci constituent son minimum vital mais ils en seraient exclus pour réintégrer d'autres universalités, cette fois de droit, à d'autres moments¹¹²⁷.

¹¹²³ L'idée d'un « patrimoine de dignité » viserait ainsi à faire sortir des biens du patrimoine sans les destiner à une autre garantie. Il s'agirait donc d'une « affectation par retrait ». Mais cette analyse « peut paraître quelque peu artificielle » : J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°6.45, . 419.

¹¹²⁴ Cf. *supra* (n°57 et s.).

¹¹²⁵ Cf. *supra* (n°9 et n°190).

¹¹²⁶ S. PIEDELIÈVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » *JCP G* 2003, I, 165, n°26, p. 1722.

¹¹²⁷ Nous verrons par ailleurs que ces insaisissabilités temporaires peuvent être analysées d'une autre manière, ce qui permet d'adopter une lecture cohérente de la notion d'insaisissabilité : cf. *infra* (n°345).

B. L'insaisissabilité relative, effet nécessaire de l'universalité de droit

341. Fondements théoriques de l'insaisissabilité relative. – S'il existe une part de subjectivité dans l'appréciation de l'insaisissabilité, cette différence de traitement des biens est toujours justifiée par leur affectation à la poursuite d'un intérêt spécifique. En ce sens, le critère d'insaisissabilité permet non seulement de distinguer les biens patrimoniaux des biens extrapatrimoniaux mais il permet aussi de dissocier les différentes affectations des biens. Autrement dit, l'universalité de droit parvient à aménager le droit de poursuite des créanciers en instaurant une insaisissabilité relative des biens que le débiteur aura affecté à ses différents intérêts. Les créanciers personnels d'un indivisaire ne pourront donc se servir sur les biens indivis et ceux-ci seront donc insaisissables à leur égard¹¹²⁸. Les créanciers personnels d'un entrepreneur feront également face à l'insaisissabilité des biens qui composent l'universalité professionnelle¹¹²⁹. C'est donc l'affectation de ces biens à un autre intérêt qui justifie la soustraction de ces biens de l'assiette du droit de gage général des créanciers. Le bien affecté à la poursuite de l'activité professionnelle est rendu insaisissable pour les créanciers personnels en raison de cette même affectation.

342. Le rôle de l'insaisissabilité relative dans la distinction des universalités. – Parce qu'elle se présente comme une technique d'aménagement du droit de gage général, l'universalité de droit va engendrer des insaisissabilités à l'égard de certains créanciers¹¹³⁰. Il est alors possible d'en déduire que l'insaisissabilité relative est le critère objectif qui permet de déterminer la composition des différentes universalités de droit que détient une personne. Ainsi, les créanciers professionnels de l'EIRL sont concernés par l'insaisissabilité des biens personnels quand, à l'inverse, les créanciers personnels seront concernés par celle des biens professionnels. Un auteur écrivait d'ailleurs que « dès qu'il existe une affectation spéciale et justifiée pour un bien, il cesse d'entrer dans le gage des créanciers ». L'auteur poursuit son raisonnement en retenant que les biens « frappés d'une affectation spéciale et rigoureuse ne peuvent être saisis par les créanciers¹¹³¹ ».

¹¹²⁸ Art. 815-17, C. Civ.

¹¹²⁹ Art. L.526-12, C. Com.

¹¹³⁰ Les Professeurs PERROT et THÉRY définissent d'ailleurs l'insaisissabilité comme le « bien qui, pour des raisons diverses, est soustrait aux poursuites par la loi, mais qui demeure aliénable par son propriétaire » : R. PERROT & PH. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2013, n°216, p. 217.

¹¹³¹ J.P. REMPLER, *L'individu et son patrimoine*, th Paris 1910, p. 132 et s.

343. Les différentes insaisissabilités relatives. – Les contingences de l’insaisissabilité peuvent se diviser en deux axes dont un seul semble pouvoir justifier la distinction des universalités juridiques. Certaines insaisissabilités concernent tous les créanciers mais ne valent qu’un certain temps. D’autres sont certes temporaires mais elles créent surtout plusieurs catégories de créanciers. Autrement dit, la relativité de l’insaisissabilité peut trouver ses fondements dans des raisons d’ordre temporel ou personnel. Ces distinctions ne sont pas inconnues du Droit puisque c’est ainsi que peuvent être dissociés les privilèges généraux et spéciaux en Droit des sûretés¹¹³². En ce sens, il convient de distinguer :

- les biens qui ne peuvent être saisis par personne tout le temps (ce sont les insaisissabilités absolues qui fondent la distinction entre le patrimonial et l’extrapatrimonial¹¹³³) ;
- les biens qui ne peuvent être saisis par personne pendant un temps (qui correspondent aux insaisissabilités temporaires) ;
- les biens qui ne peuvent être saisis que par certaines personnes temporairement (qui sont donc des insaisissabilités relatives tenant aux personnes).

La première catégorie d’insaisissabilité a été étudiée et n’appelle pas davantage de développements puisqu’étant absolue, elle n’est susceptible d’aucune évolution¹¹³⁴. En revanche, les deux autres types d’insaisissabilité doivent être approfondis car la création d’une universalité de droit frappe les biens qu’elle contient d’une insaisissabilité dont la relativité tient aux personnes (2) et non au temps (1).

1. La relativité rationae temporis, critère inopérant

344. Une insaisissabilité justifiée par l’apparition ponctuelle d’un intérêt supérieur. – L’universalité de droit, créée par une affectation, emporte une insaisissabilité

¹¹³² En effet, lorsqu’il s’agit d’analyser l’effet d’un privilège sur le droit de gage des créanciers qui en bénéficient, on note que les privilèges généraux créent, au profit de certaines créances, un accès à tous les biens (meubles ou immeubles) du débiteur. À l’inverse, le privilège spécial n’offre un accès qu’à un bien déterminé. On note ainsi que certains créanciers ont un accès à tous les biens, d’autres à certains biens seulement. C’est donc, que pour certains créanciers seulement, certains biens sont « insaisissables ». Il faut cependant noter que l’insaisissabilité ici constatée est une insaisissabilité de fait et non de droit. Les créanciers qui ne bénéficient pas d’un privilège sur tel bien peuvent toujours en théorie le saisir mais ils passent après les créanciers titulaires d’une sûreté ou d’un privilège sur ce bien, ce qui revient à dire qu’ils n’obtiendront rien, ou très rarement satisfaction.

¹¹³³ Cf. *supra* (n°126).

¹¹³⁴ Hormis les évolutions législatives qui tiennent à la politique menée par le législateur, notamment concernant la commercialité de certains biens : cf. *supra* (n°113).

mais toute insaisissabilité n'implique pas création d'une universalité de droit. Certaines insaisissabilités ne sont que temporaires et ne remettent donc pas en cause la qualification de bien patrimonial de la chose. Nous avons vu que l'universalité de droit est une masse abstraite, libérée du temps et de l'espace. En ce sens, son contenu ne peut être déterminé par un critère temporel¹¹³⁵. Au-delà des insaisissabilités absolues, certaines ne remettent pas en cause la fonction de garantie du bien patrimonial mais viennent uniquement paralyser cette fonction. À l'étude, cette paralysie semble justifiée par un intérêt considéré, à un moment donné, comme étant supérieur¹¹³⁶.

345. Insaisissabilités temporaires justifiées par la survie du débiteur. – Parmi les insaisissabilités relatives, figurent en premier lieu, celles qui sont destinées à assurer un minimum vital au débiteur. Il ne fait ici aucun doute que l'intérêt protégé est celui de la dignité du débiteur. La qualification d'universalité de droit ayant été rejetée concernant ces biens¹¹³⁷, il convient désormais de voir que l'insaisissabilité temporaire ne crée pas ici une nouvelle catégorie de créanciers mais paralyse seulement l'action de tous les créanciers. Le débiteur dans le besoin ne peut voir la table ou la chaise qui garnit son logement saisie, par aucun créancier¹¹³⁸. Il serait par ailleurs possible de voir ces « insaisissabilités » ponctuelles qui tendent à protéger la dignité humaine comme une sorte d'immunité temporaire d'exécution¹¹³⁹. D'origine jurisprudentielle, cette immunité est un privilège personnel accordé à certains débiteurs les mettant hors d'atteinte des mesures de contrainte¹¹⁴⁰. Appliquée de manière générale au profit de l'État et des personnes morales de droit public¹¹⁴¹, l'immunité pourrait en l'occurrence être transposée en droit privé de façon temporaire. En effet, un débiteur dont le peu de salaire, le logement ou les meubles meublants

¹¹³⁵ Cf. *supra* (n°158).

¹¹³⁶ Sont ici envisagées les deux hypothèses d'insaisissabilité temporaire prévues par le droit positif : la survie du débiteur et les clauses d'inaliénabilité. Il aurait été possible d'y ajouter les hypothèses où le bien est donné en jouissance à autrui dans la mesure où si cet acte ne rend pas, à proprement parlé, le bien insaisissable, il limite fortement l'intérêt d'une saisie. Le bien étant grevé d'un droit de jouissance, sa valeur est fortement diminuée. En ce sens : R. HAMOU, « La fiducie-gestion et le quasi-usufruit : étude approfondie des effets de la consomptibilité », *Dr & Patrim.* 2003/10, p. 48 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°496 et s., p. 238 et s. ; CL. BRENNER, *ibid.*

Il convient en réalité de ne pas traiter de ces situations car la valeur du bien n'est pas ici paralysée, le bien reste dans le patrimoine du propriétaire et reste, en dernier recours pour les créanciers, saisissable.

¹¹³⁷ Cf. *supra* (n°94).

¹¹³⁸ Art. L.112-1, 5°, CPCE.

¹¹³⁹ Le rapprochement avec les immunités d'exécution s'explique par les fondements respectifs de cette notion et de l'insaisissabilité. L'immunité d'exécution tient à une impossibilité « strictement personnelle » quand l'insaisissabilité relève d'une interdiction sur le bien : v. CL. BRENNER, *op. cit.*, n°60 et 68, p. 36 et 42.

¹¹⁴⁰ N. CAYROL, *op. cit.*, n°55, p. 38-39 ; C. GENTILI, « Immunités en droit interne », *JCI Voies d'exécution*, fasc. 495.

¹¹⁴¹ Depuis la décision du Tribunal des conflits du 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* ; v. également Req., 16 thermidor an X ; Civ. 1^e, 21 déc. 1987, Bull. Civ. I, n°348.

qu'il lui reste deviennent inaccessibles pour les créanciers, est un débiteur protégé sur l'ensemble de ce qu'il lui reste pour vivre. Il serait donc possible de suggérer que la protection ne vise pas certains biens contenus dans le patrimoine du débiteur mais tous les biens du débiteur à ce moment. Autrement, pourquoi le créancier chercherait-il à saisir les biens qui assurent la survie de son débiteur plutôt que d'autres biens ? Or, parce que la protection concerne tous les biens du débiteur à ce moment, c'est sa personne que l'on cherche à protéger et non ses biens à proprement parler. On pourrait donc suggérer qu'il s'agit là d'un privilège de protection du débiteur soustrait à toute contrainte, c'est-à-dire d'une immunité d'exécution temporaire. L'hypothèse d'un retour à meilleur fortune du débiteur permettrait de faire tomber cette immunité. On remarquera d'ailleurs que si l'article L.112-2, 5° du Code de procédure civile d'exécution énonce l'insaisissabilité des biens nécessaires à la vie du débiteur, le vendeur de ce bien n'est pas affecté. On pourrait alors suggérer qu'il existe un lien entre ces dispositions et le privilège spécial du vendeur du bien qui peut exercer non pas une action en paiement mais une action en revendication¹¹⁴². Cela reviendrait à considérer que le débiteur en état de nécessité bénéficie bel et bien d'une immunité d'exécution¹¹⁴³, l'action du vendeur sur le bien vendu ne s'analysant plus comme une saisie mais comme une forme de revendication.

346. Insaisissabilités temporaires créées par les clauses d'inaliénabilité. – Aux termes de l'article 900-1 du Code civil, « les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime (...) ». C'est le législateur qui ici impose l'existence d'un intérêt justifiant l'inaliénabilité et, par ricochet, l'insaisissabilité¹¹⁴⁴. Parce qu'elle est d'origine contractuelle et qu'elle soustrait le bien de l'assiette du droit de poursuite des créanciers et, plus largement, du commerce juridique, la clause d'inaliénabilité est par ailleurs limitée dans le temps. Ces insaisissabilités n'ont, pas plus que l'universalité de dignité, pour effet de créer une universalité de droit dans la mesure où l'insaisissabilité à laquelle sont soumis les créanciers

¹¹⁴² L'article 2332 du Code civil prévoit à son 4° que « si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite ». Il faut noter, avec d'autres, que cette revendication n'en est pas vraiment une puisque le vendeur n'est plus propriétaire de la chose (le transfert de propriété s'opérant *solo consensu* en droit français) : en ce sens, PH. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés & La publicité foncière*, Précis Dalloz 2016, n°824, p. 760-761 ; L. AYNÈS & P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ-Lextenso 2017, n°604 et s., p. 350 et s.

¹¹⁴³ Peut-être serait-il possible alors de proposer de créer une telle immunité, celle-ci devant être prononcée par le juge de l'exécution.

¹¹⁴⁴ Civ. 1^e, 15 juin 1994, Bull. Civ. I, n°211

ne profite pas à d'autres créanciers. Autrement dit, cette clause n'a pas pour effet de réserver le bien insaisissable à la garantie d'un passif spécifique¹¹⁴⁵. À défaut de passif propre, les biens concernés ne constituent pas une universalité juridique.

2. *La relativité rationae personae, effet commun des universalités de droit*

347. Toute insaisissabilité relative ne crée pas une universalité de droit nouvelle.

– Ce n'est pas parce que certains biens sont soustraits du gage de certains créanciers que ces biens sont rassemblés en un nouvel ensemble universel ayant un passif propre. C'est ainsi que la part de salaire soustraite du droit de gage général des créanciers chirographaires qui pourtant est saisissable par les créanciers alimentaires ne donne pas naissance à une universalité de droit nouvelle. S'il fallait l'admettre, il serait alors difficile de voir quelles sont les dettes ici corrélées. Ce sont donc les insaisissabilités relatives qui n'affectent que certains créanciers qui permettent d'identifier l'universalité de droit. Plus exactement, toute universalité juridique a pour effet de créer une insaisissabilité qui ne jouera qu'à l'égard de certains. Mais diminuer le gage de créanciers déterminés ne revient-il pas à augmenter celui des autres ?

348. Insaisissabilités relatives et catégories de créanciers. – Madame THOMAT-RAYNAUD écrit dans sa thèse que l'affectation de certains biens à la garantie de certaines dettes entraîne « un régime de saisissabilité dérogatoire à l'article 2284 du Code civil¹¹⁴⁶ ». Dans chaque ensemble universel, la soustraction des biens du patrimoine légal au profit de la nouvelle universalité est un obstacle à la saisie de ces biens par les créanciers personnels du constituant. « Le gage des créanciers étant en principe général, il n'est habituellement pas d'autres restrictions. Il faut toutefois tenir compte des possibilités de limitation du gage des créanciers par constitution de patrimoine d'affectation¹¹⁴⁷ ». Pourtant, toute insaisissabilité dont la relativité relève d'un critère *rationae personae* ne résulte pas forcément d'une universalité de droit. Ainsi les aliments sont-ils saisissables par des créanciers d'aliments¹¹⁴⁸. Certains biens insaisissables le demeurent pour ceux qui en ont permis l'acquisition¹¹⁴⁹. C'est

¹¹⁴⁵ On justifie d'ailleurs l'insaisissabilité qui résulte de la clause par l'idée que le bien transmis entre les mains du gratifié n'aurait pas été accessible à ses créanciers en l'absence de la libéralité : v. CL. BRENNER, *op. cit.*, n°72, p. 46.

¹¹⁴⁶ A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°451, p. 214.

¹¹⁴⁷ CL. BRENNER, *op. cit.*, n°67, p. 41.

¹¹⁴⁸ Art. L.112-2, 3°, CPCE.

¹¹⁴⁹ Art. L.112-2, 5°, CPCE.

cette fois l'affectation des biens à un intérêt spécifique qui fait défaut ici et don't l'absence empêche de retenir la qualification d'universalité juridique. La réservation de l'aliment au profit des créanciers alimentaires ou du bien acquis au profit de ceux qui en permettent l'acquisition ne font pas sortir l'aliment ou le bien acquis du patrimoine légal pour intégrer un nouvel ensemble universel, ils perdent simplement leur caractère fongible¹¹⁵⁰.

349. Affectation, insaisissabilité et universalité de droit. – Si toutes les insaisissabilités résultent d'une affectation, que l'universalité de droit naît d'une affectation, il semble logique de pouvoir considérer que la création d'une universalité de droit engendre des insaisissabilités. Et il y a alors une cohérence entre toutes les caractéristiques de l'universalité : toutes les universalités juridiques viennent aménager le droit de gage général des créanciers et le moyen pour y parvenir est de créer une insaisissabilité qui ne concerne que certains créanciers. Ainsi, toutes les fois où un ensemble de biens est affecté à la poursuite d'une activité, l'affectation entraînera une insaisissabilité qui ne pourra jamais concerner l'ensemble des créanciers. On notera d'ailleurs que là où nous parlons d'insaisissabilité relative, la Professeure ROCHFELD voit plusieurs « niveaux d'affectations¹¹⁵¹ » correspondant à des degrés dans l'autonomie, dans l'étanchéité qui s'établit entre les différentes universalités de droit. Or cette fluctuation dans l'autonomie des universalités correspond justement aux variations dans l'étendue du droit des créanciers sur chacune de ces universalités. Cette contingence se traduit, techniquement, par une insaisissabilité qui touche certains créanciers mais pas d'autres.

350. L'universalité de droit emporte une insaisissabilité relative. – L'universalité de droit naît conceptuellement d'une affectation des biens à la poursuite d'un intérêt et techniquement de l'affectation de ces biens à la garantie des dettes nées de cet intérêt. Or l'affectation produit juridiquement des effets sur la saisissabilité des biens. Il s'agit alors de raisonner sur plusieurs échelles pour voir les effets de l'affectation. À l'échelle des choses, il convient d'abord de voir que l'affectation permet de dissocier biens extrapatrimoniaux et biens patrimoniaux, les premiers étant par nature insaisissables. Ensuite, à l'échelle des biens patrimoniaux, l'affectation permet de dissocier les biens affectés à tel intérêt ou à tel autre, l'affectation se traduisant par une insaisissabilité qui ne touche que les créanciers dont les droits sont nés de la poursuite de tel intérêt ou de tel autre. L'analyse de l'affectation et de

¹¹⁵⁰ En ce sens, A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°311, p. 146.

¹¹⁵¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.16 et s., p. 372 et s. ; dans le même sens, v. aussi A.L. THOMAT-RAYNAUD qui parle « d'insaisissabilité unilatérale » : *op. cit.*, n°413 et s., p. 195 et s.

l'insaisissabilité révèle la cohérence du système qui unit toutes les universalités de droit, celles-ci ont pour effet commun de créer une insaisissabilité relative qui ne touche pas tous les créanciers. Pour départager ces créanciers, il convient désormais de distinguer les différentes obligations contenues dans les universalités ; il s'agit, autrement dit, de distinguer les dettes.

SECTION 2 – LES EFFETS DE L’UNIVERSALITE DE DROIT SUR LES OBLIGATIONS

351. La séparation des dettes, la distinction des créanciers. – L’un des premiers effets de la création d’une universalité de droit réside dans une création, incidente, de plusieurs catégories de créanciers. Plus exactement, l’affectation des biens autour d’un intérêt distinct va permettre une affectation corrélative des dettes à la poursuite de cet intérêt. Il en résulte alors une séparation des créanciers ayant un droit de poursuite contre une même personne. Conçue comme une technique d’aménagement du droit de gage général, l’universalité de droit engendre une nouvelle façon d’organiser les concours entre les créanciers d’un même débiteur. Là où le droit commun prône l’égalité, le droit des universalités suggère un principe de préférence, voire d’exclusivité. Il convient donc de voir comment dissocier les dettes (I) pour identifier les critères permettant de distinguer les universalités les unes des autres d’abord et les créanciers entre eux ensuite (II).

I. Les effets de l’universalité de droit sur les dettes

352. L’opposabilité de l’affectation. – L’effet relatif des obligations établit un lien exclusif entre créancier et débiteur¹¹⁵². L’obligation offre au créancier un accès aux biens de son débiteur. C’est là, la fonction du patrimoine légal et surtout de toute universalité de droit : la corrélation entre les biens et les dettes qui y sont contenus permet d’établir cet accès. Si certains biens sont exclus de l’assiette de ce droit c’est en raison d’une distinction entre les différentes universalités. C’est donc que toutes les obligations ne donnent pas accès à tous les biens. L’étude de l’insaisissabilité a permis d’expliquer juridiquement comment l’affectation de biens à une nouvelle universalité juridique fait sortir lesdits biens de l’assiette d’un droit de poursuite pour les faire entrer dans une autre, il convient désormais d’expliquer comment diviser les dettes et, partant, les droits de poursuites différents qui en résultent. C’est d’ailleurs ce que le législateur a commencé à faire en imposant aussi bien au fiduciaire qu’à l’entrepreneur individuel de préciser quelle universalité il entend engager lorsqu’il contracte une dette. Mais plusieurs questions apparaissent alors : *quid* des universalités imparfaites ? Pourquoi un époux ne précise-t-il pas quelle universalité il engage ? Pourquoi

¹¹⁵² Art. 1199, C. Civ. V. aussi, A. WEIL, *op. cit.*, ; R. SAVATIER, “Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats », *RTD Civ.* 1934, p. 525 et s. ; M. GRIMALDI, « Le contrat et les tiers », in *Mélanges PH. JESTAZ*, Dalloz 2006, p. 161 et s.

le créancier personnel d'un indivisaire ne demande-t-il pas, lors de la conclusion du contrat, si les richesses de son débiteur sont des biens indivis ? Et surtout que faire des dettes de responsabilité délictuelle ? Sur quelle universalité peut agir la victime ; comment déterminer l'assiette de son droit de poursuite ?

353. Intérêt et affectation de la dette. – Toutes les universalités de droit servent à aménager le droit de poursuite des créanciers. Or si cet aménagement passe effectivement par une insaisissabilité relative des biens placés dans l'universalité, il passe également par une distinction des dettes et surtout des créanciers. La création d'une universalité, emporte nécessairement une distinction entre les créanciers puisque certains n'ont alors plus accès aux biens placés dans l'ensemble universel. Ainsi, l'universalité de droit a pour effet de créer des groupes de créanciers, lesquels détiennent un droit de poursuite dont l'assiette est déterminée selon plusieurs critères alternatifs et que l'on peut ranger sous une même finalité : mises au service d'un intérêt distinct, les dettes contenues dans chaque universalité peuvent être identifiées à partir de leur source, de leur objet ou de leur affectation (B). Mais le rattachement de certaines dettes à un intérêt spécifique suppose qu'une dette puisse être l'objet d'une affectation. C'est alors une fois de plus l'affectation qui fonde la distinction des créanciers et de leur gage (A).

A. Fondement de la distinction des créanciers

354. Fondement d'une destination des dettes. – L'existence de plusieurs groupes de créanciers soulève la question de savoir s'il faut considérer que les obligations sont par nature contractées dans un intérêt spécifique et que partant, elles connaissent nécessairement une « destination naturelle ». Une réponse positive semble devoir s'imposer car il semble possible de considérer qu'en pratique, chaque créancier est amené à s'intéresser à l'existence d'une universalité spécifique à chaque fois que son droit prend naissance. Il est en effet courant qu'un créancier s'interroge sur l'existence d'une masse commune, d'une indivision ou d'une universalité professionnelle lorsqu'il conclut un contrat avec son débiteur. La conformité de l'engagement à la poursuite d'un intérêt, rendu opposable aux tiers lors de la création de l'universalité, permet d'assurer l'objectivité du rattachement de la créance à un ensemble déterminé de biens. L'affectation des biens au sein d'une universalité emporte donc une affectation des dettes à un intérêt identifié. Cette idée se déduit non seulement du contrôle de conformité à l'intérêt fédérateur qui existe déjà vis-à-vis de certaines universalités mais

également de l'impossibilité, pour certains, de cumuler les recours en recouvrement de leur créance sur plusieurs universalités différentes. C'est ainsi que les universalités identifiées mettent en place une distinction entre dettes personnelles et dettes de l'indivision¹¹⁵³, dettes propres et dettes communes pour les époux¹¹⁵⁴, dettes personnelles et dettes sociales pour les sociétés¹¹⁵⁵, dettes personnelles et dettes professionnelles pour l'EIRL¹¹⁵⁶, dettes fiduciaires et dettes du fiduciaire¹¹⁵⁷. Dans toutes ces hypothèses, la liquidation de l'universalité n'emporte pas le droit, pour les créanciers, de poursuivre le débiteur sur deux universalités différentes. L'exemple de l'EIRL en difficulté est particulièrement pertinent : la Cour de cassation a ainsi récemment décidé « que la seule circonstance que le patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée relève de la procédure instituée par les titres II à IV du livre VI du code de commerce relative au traitement des difficultés des entreprises n'était pas de nature à exclure le patrimoine non affecté du débiteur de la procédure de traitement des situations de surendettement¹¹⁵⁸ ». Le principe de non-cumul des procédures marque la séparation des créanciers et, partant, des dettes.

355. La notion de destination de la dette. – L'idée d'une destination de la dette se déduit de la division du gage général qu'engendre nécessairement la création d'une universalité juridique. Si la dette n'est garantie que par un ensemble déterminé de biens, c'est en raison de son rattachement à l'intérêt qui a justifié le rassemblement de ces mêmes biens¹¹⁵⁹. C'est ainsi que la corrélation entre l'actif et le passif de l'universalité de droit n'emporte pas uniquement des conséquences sur la destination des biens mais également sur celle des dettes. Certains auteurs suggèrent ainsi d'abandonner l'application d'une règle en fonction de la nature du droit et d'adapter les régimes juridiques selon les situations. Ainsi, le Professeur TERRE écrit : « que l'on doive, plus que par le passé, relier davantage le régime juridique du bien sur lequel porte le droit subjectif à la situation du titulaire de ce droit¹¹⁶⁰ » et Madame THOMAT-RAYNAUD défend l'idée selon laquelle « le droit d'action du créancier

¹¹⁵³ Art. 815-17, C. Civ.

¹¹⁵⁴ Art. 1410 et s., C. Civ.

¹¹⁵⁵ Qui, nous le verrons, se déduit de l'exigence de conformité à l'intérêt social de l'article 1848 du Code civil ; en ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2018, n°565 et s., p. 253 et s.

¹¹⁵⁶ Art. L.526-12, C. Civ.

¹¹⁵⁷ Art. 2025, C. Civ.

¹¹⁵⁸ Civ. 2^e, 27 sept. 2018, n°17-22013, V. LEGRAND, «L'EIRL en surendettement : première leçon pratique », *D.* 2018, p. 2071.

¹¹⁵⁹ En ce sens, FR. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 819 et s.

¹¹⁶⁰ FR. TERRÉ, « Variation de sociologie juridique sur les biens », in *Arch. Phil. Dr.* 1979, t. 24, p. 21.

serait fonction de la nature de sa créance, plus précisément de la nature de la relation qui l'unit au débiteur¹¹⁶¹ ». Dans ces deux idées, figure celle de l'adaptation du régime juridique d'un droit en fonction de la situation du titulaire de ce droit. Autrement dit, il s'agit de ne plus partir de l'objet pour déterminer un régime mais du sujet. La difficulté d'une telle idée réside dans la multiplication des régimes juridiques concernant des objets identiques, ce qui revient, non seulement à changer de paradigme, mais surtout à modifier la façon de penser le Droit¹¹⁶². Il serait par exemple curieux de traiter différemment une créance de loyer et une créance de prestation de service. Embrasser les spécificités des objets ne signifie pas les soustraire d'un régime général applicable car avant de créer un droit spécial, il faut établir l'existence d'un droit commun. Appliqué à l'universalité de droit, ce raisonnement reviendrait à considérer chacune des masses comme des notions autonomes, n'ayant rien à voir les unes avec les autres, ce qui reviendrait, *in fine*, à les considérer comme des techniques différentes d'aménagement du droit de poursuite des créanciers ; il s'agirait, autrement dit, d'en faire des privilèges, ce qui est l'apanage du législateur et non des volontés individuelles¹¹⁶³. Parce que cette méthode est difficile à mettre en oeuvre, il convient dès lors de trouver un nouveau critère pour déterminer comment dissocier les créanciers dont les droits portent sur telle ou telle universalité.

B. Les moyens de séparer les créanciers

356. Recherche d'un critère d'affectation des dettes. – À l'époque où il n'existait qu'un patrimoine par personne, identifier son débiteur suffisait à identifier l'assiette de son droit de gage. La multiplication des universalités de droit force le créancier à s'intéresser aux éventuels aménagements de cette assiette, apportés par le débiteur. Il s'agit alors de se demander par quels moyens les dettes se rattachent à une universalité. Les créanciers des différentes universalités semblent être dissociés selon trois critères *a priori* différents. Une

¹¹⁶¹ A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°972, p. 441.

¹¹⁶² S'il est vrai que le raisonnement juridique implique « un inévitable jeu de miroirs entre la réalité et la loi qui s'y applique et entre les représentations de cette loi et de cette réalité qui se conjuguent (...) » au point que « l'existence de ces doubles introduit une déformation qui, de la réalité à la loi et de la loi au raisonnement juridique, produit les spécificités du raisonnement juridique », il faut noter que tout raisonnement analytique passe par des prémisses nécessaires, parmi lesquels il est traditionnellement enseigner que la notion dicte le régime et non l'inverse. Appliquer plusieurs régimes à un objet dont on reconnaît pourtant l'unité emporte donc un changement trop important de point de vue qui s'en trouve impraticable. En ce sens, FR. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ 1919, n°69 et s., p. 147 et s. ; J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2003, n°247 et s., p. 286 et s.

¹¹⁶³ M. BOURASSIN & V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Sirey 2018, n°859, p. 569 ; PH. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz 2012, n°738, p. 673 ; A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, V° Privilèges.

distinction peut s'établir selon la source de la dette, selon son objet ou selon son affectation volontaire. On peut observer que dans certaines universalités, les dettes sont réparties en fonction de l'objet même de l'obligation. Ainsi, les créanciers de l'indivision sont déterminés selon l'objet de la dépense à l'origine de la créance. Au-delà des créanciers dont les droits sont nés antérieurement à l'indivision – et pour qui le rattachement de la créance à l'actif indivis est une question d'opposabilité de l'indivision¹¹⁶⁴ –, sont considérés comme des créanciers de la masse indivise, ceux dont les droits sont nés de la gestion, de l'amélioration ou de la conservation des biens indivis¹¹⁶⁵. C'est donc la finalité de la dette qui détermine la séparation entre créanciers personnels et créanciers de l'indivision¹¹⁶⁶. Le raisonnement vaut également pour les créanciers de la communauté, quoique la distinction se fasse plutôt en creux et le critère fixé par la loi permet alors de déterminer les créanciers des masses propres, les autres étant, par défaut, ceux de la masse commune. Ainsi, le Code civil prévoit-il que les créanciers des époux dont les droits sont issus des successions ou des libéralités¹¹⁶⁷ ainsi que ceux qui tiennent leur droit d'un cautionnement consenti par un seul des époux¹¹⁶⁸, n'ont pour gage que la masse propre de l'époux débiteur. Encore une fois, c'est l'objet même de l'obligation qui permet de déterminer l'assiette du droit de poursuite de chaque catégorie de créanciers¹¹⁶⁹. Le raisonnement vaut au-delà des seules universalités imparfaites puisque ce critère se retrouve également dans les fonds communs de titrisation ou de placement. Les créanciers de ces fonds sont ceux dont les droits naissent de l'exploitation des titres qui se situent dans le fonds¹¹⁷⁰. Les dettes contractées par l'EIRL sont celles qui naissent « à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté¹¹⁷¹ ». La corrélation entre l'actif et le passif de l'universalité repose donc bel et bien sur l'objet des dettes comprises dans l'ensemble.

357. Une affectation par la déclaration ? – Aux côtés de cette idée, il est également possible de voir que la distinction des créances et des gages généraux qui leur correspondent

¹¹⁶⁴ Cf. *infra* (n°430).

¹¹⁶⁵ Art. 815-17, C. Civ.

¹¹⁶⁶ En ce sens, J. RAFFRAY & J.R. SÉNÉCHAL, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP N* 1985, I, 129 ; TH. REVET & FR. ZÉNATI, *Droit civil – Les biens*, PUF 2008, n°356, p. 530 : les auteurs écrivent à ce sujet que les dispositions de l'article 815-17 a « eu pour effet de faire naître un patrimoine de l'indivision puisqu'elles corrélaient directement masse de biens indivis et paiement des dettes dont la cause réside dans cette même masse » (nous soulignons). V. également W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°175-1, p. 335.

¹¹⁶⁷ Art. 1410, C. Civ.

¹¹⁶⁸ Art. 1415, C. Civ.

¹¹⁶⁹ En ce sens, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz 2011, n°392, p. 307 ; I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, LGDJ-Lextenso 2010, n°480, p. 292.

¹¹⁷⁰ Art. L.214-184, CMF.

¹¹⁷¹ Art. L.526-12, 1°, C. Com.

repose, non plus sur une finalité objective de la dette mais sur une déclaration, volontaire et subjective, du débiteur. C'est ainsi que dans les régimes, de la fiducie, ou en droit des sociétés, une créance est garantie par des biens affectés si, lorsqu'elle est contractée, le débiteur a déclaré engager tel patrimoine plutôt que tel autre. Ainsi, le fiduciaire doit-il faire mention de sa qualité, toutes les fois qu'il agit dans le cadre de sa mission¹¹⁷². De la même manière, l'entrepreneur individuel est tenu de faire mention de sa qualité lorsqu'il agit dans le cadre de son activité¹¹⁷³. Enfin, les personnes morales sont, par nature, toujours représentées et il revient à celui qui représente la société d'indiquer au cocontractant qu'il agit en qualité de représentant et non en son nom propre¹¹⁷⁴. C'est alors cette information qui permet au créancier de savoir sur quel patrimoine il peut agir ; autrement dit, c'est à partir de cette information qu'il est en mesure de connaître l'étendue de son droit de poursuite. La distinction des dettes dans ce système semble donc reposer sur une information que le débiteur délivre et non uniquement sur un critère objectif de rattachement de la dette à l'intérêt poursuivi. Ce critère est d'autant plus présent dans les entreprises individuelles à l'égard desquelles le Conseil d'Etat a reconnu une liberté d'affectation comptable qui permet à l'exploitant d'inscrire ou non une dette au passif du bilan¹¹⁷⁵.

358. Les différentes sources d'affectation. – De manière générale, les grandes lignes de l'affectation des dettes en droit de l'universalité reposent sur l'idée que la personne est libre d'affecter ses dettes contractuelles à l'universalité qu'il entend. La protection des créanciers est déjà assurée par la protection de son consentement d'une part et les outils de protection contre la fraude que nous verrons d'autre part¹¹⁷⁶. Nous verrons par ailleurs qu'il existe des mécanismes de protection, en amont et en aval, des créanciers avec qui le titulaire de l'universalité contracte¹¹⁷⁷. Il existe cependant des limites à cette liberté : quand bien même le créancier consentirait à n'avoir de droit que sur une universalité déterminée, le législateur vient limiter les affectations de dettes en imposant parfois des critères objectifs de rattachement de la dette à l'intérêt fédérateur. C'est ainsi que les dettes de l'indivision sont

¹¹⁷² Art. 2021, al. 1, C. Civ.

¹¹⁷³ Art. L.526-6, al. 4, C. Com.

¹¹⁷⁴ Sous peine de voir l'acte annulable conformément au nouvel article 1157 du Code civil relatif à la représentation et aux dépassements de pouvoirs. D'autres sanctions sont également envisageables selon les cas : le représentant peut voir sa responsabilité civile engagée sur le terrain de la faute de gestion (art. 1850, C. Civ. ; art. L.223-22 et L.225-251, C. com). Il peut également être condamné pénalement pour abus de biens sociaux (art. L.241-3, C. Com) ou abus de confiance (art. 314-1, C. Pén.).

¹¹⁷⁵ CE plén. 19 nov. 1976, Dr. fisc. 1977, n° 10, comm. 356, concl. B. MARTIN LAPRADE ; RJF 1-1977, n°8, Chron. M.-D. HAGELSTEEN, p. 7.

¹¹⁷⁶ Cf. *infra* (n°412 et s.).

¹¹⁷⁷ Cf. *infra* (n°396)

forcément celles qui sont utiles à la conservation, à l'amélioration ou à la gestion du bien indivis. Par ailleurs, si l'exploitant d'une entreprise individuelle est libre d'inscrire une dette au passif de son bilan, il est des dettes qu'il ne peut pas exclure¹¹⁷⁸. Tous ces critères de rattachement, fixés par la loi, sont utiles en ce qu'ils permettent également de traiter le régime des dettes non-contractuelles.

359. L'intervention législative nécessaire pour les dettes non-contractuelles. – Au-delà du danger que représente une affectation volontaire des dettes, les obligations délictuelles sont rattachées à une universalité juridique, non plus par l'information du débiteur mais par un critère objectif fixé par la loi. La notion de faute accomplie dans l'exercice des fonctions pourrait être éclairante pour créer un régime de responsabilité adapté à la limitation du gage des créanciers qui est recherchée dans la création d'une universalité juridique. Une adaptation semble en réalité nécessaire. En effet, la responsabilité des dirigeants sociaux en droit commun des sociétés repose sur la notion de faute détachable des fonctions. Celle-ci est, depuis un arrêt de 2003, définie selon deux éléments : le caractère intentionnel de la faute et sa particulière gravité¹¹⁷⁹. Cette dernière condition implique une incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions du dirigeant, incompatibilité qui implique à son tour une appréciation de l'intérêt poursuivi lorsque la faute a été commise¹¹⁸⁰. C'est sans doute cette notion dont il faudrait s'inspirer pour construire le régime de limitation de la responsabilité en droit de l'universalité juridique.

360. La nécessité d'une consécration de la faute détachable. – L'idée d'une faute rattachée à un intérêt spécifique est celle qui permettrait d'étendre la distinction des dettes au-delà du simple domaine contractuel. On pourrait songer à s'y opposer dans la mesure où

¹¹⁷⁸ V. à ce sujet, FL. DEBOISSY, « De quelques conséquences de la liberté d'inscrire ou non une dette au passif du bilan de l'entreprises individuelle », *RTD Com.* 2001, p. 999 et s.

¹¹⁷⁹ La jurisprudence est constante depuis : Com, 20 mai 2003, Bull. Civ. IV, n°84, n°99-17092, *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERO ; *JCP E* 2003, 1203, n°2, obs. J.J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY & G. WICKER ; *Rev. Sociétés* 2003, p. 479, note J.F. BARBIERI ; Civ. 1^e, 16 nov. 2004, 02-21615, *BJS* 2005, p. 370, note B. DONDERO ; Com, 10 févr. 2009, Bull. Civ. IV, n°21, n°07-20445, *D.* 2009, p. 559, obs. A. LIENHARD.

¹¹⁸⁰ En ce sens, G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D.* 1998, p. 502 ; D. GIBIRILA, « La faute personnelle détachable des fonctions de gérant », *D.* 1998, p. 605 ; E. NICOLAS, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. Sociétés* 2013, p. 535 ; O. DEXANT DE BAILLIENCOURT, « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant », *D.* 2019, p. 144.

Le Professeur JOURDAIN écrivait ainsi au sujet des premiers arrêts concernant la notion : « Il reste bien entendu à savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par « faute personnelle » séparable ou détachable des fonctions. Cette notion, que la jurisprudence n'a pas définie, reste entourée d'un certain flou. On peut privilégier soit la gravité de la faute, soit l'intérêt personnel poursuivi par l'agent et étranger à l'intérêt du commettant ou de la société » (nous soulignons) : P. JOURDAIN, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : l'exigence d'une faute personnelle détachable des fonctions », *RTD Civ.* 1998, p. 688.

les universalités de droit, notamment les « patrimoines d'affectation », sont rattachées à une personne unique, de sorte que le dommage réalisé par une personne juridique devrait permettre d'engager l'intégralité de ses biens, indépendamment de toute universalité. Le fiduciaire est d'ailleurs responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans le cadre de ses fonctions, offrant ainsi à la victime, un accès à une nouvelle universalité juridique¹¹⁸¹. Mais une question se pose alors : la victime peut-elle saisir les biens placés en fiducie ? Parallèlement, lorsque l'EIRL commet une faute dans le cadre de son activité professionnelle, que, par exemple, la mauvaise exécution de son contrat avec un de ses fournisseurs cause un préjudice à un tiers, ce dernier aura-t-il accès aux deux universalités de l'entrepreneur ? C'est au sujet de cette situation que le droit positif est lacunaire.

361. La notion de faute détachable en droit de l'universalité. – Face au silence du législateur, il serait possible d'envisager la transposition de la notion de faute détachable des fonctions du droit des sociétés ou celle de faute de service du droit administratif. Plus exactement, il serait pertinent de proposer la consécration d'une « faute de fonction¹¹⁸² ». L'idée consiste alors à rattacher la faute à l'intérêt desservi lorsqu'elle a été commise. Ce rapprochement n'est d'ailleurs pas étranger au droit civil. On en retrouve la trace avec l'immunité du préposé au sujet duquel le Professeur BRUN a pu écrire que « on ne peut guère justifier l'effacement de la responsabilité du préposé que par l'idée que son fait dommageable s'apparente à la réalisation d'un risque dont l'entreprise, au profit de laquelle il agit, doit assumer définitivement la charge¹¹⁸³ ». Ainsi, l'étendue du droit de poursuite de la victime varierait selon le contexte dans lequel s'inscrit la faute¹¹⁸⁴. Il s'agirait par exemple d'imaginer un dommage causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat conclu pour les besoins d'une activité fiduciaire ou de l'activité d'un EIRL et pour lequel la réparation ne pourrait être réglée que sur l'universalité spécifique.

362. Application aux universalités de droit. – Certaines universalités bénéficient d'ores et déjà des jalons d'une telle distinction des fautes. La faute accomplie par l'indivisaire dans le cadre d'une opération de gestion, d'amélioration ou de conservation du bien indivis

¹¹⁸¹ Art. 2026, C. Civ.

¹¹⁸² Le terme est emprunté à C. MANGEMATIN, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz 2014.

¹¹⁸³ PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis 2016, n°469, p. 318. Dans le même sens : G. VINEY, note sous Com. 12 oct. 1993, *D.* 1994, p. 124 ; M. BACACHE, « L'immunité du préposé », in *Les immunités de responsabilité civile*, dir. O. DESHAYES, PUF 2009, p. 15 et s.

¹¹⁸⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN & S. CARVAL, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité civile*, t. I, LGDJ 2013, n°799, p. 1059 ; C. MANGEMATIN, *th. préc.*, n°211, p. 197 ; C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ 2010, n°159.

est rattachée légalement à l'indivision et permet au créancier d'une telle dépense d'agir à la fois sur les biens indivis et sur les biens personnels de l'auteur du dommage. Il serait alors possible de considérer que la victime d'une faute accomplie dans le cadre de l'une de ces opérations puisse bénéficier des mêmes droits¹¹⁸⁵. À l'inverse, la victime d'une faute personnelle de l'indivisaire n'a accès qu'aux biens personnels. Il serait, de la même manière, pertinent de proposer que dans le cas où la société de gestion d'un fonds commun de titrisation commet une faute dans l'exercice de ses fonctions, seuls les titres du fonds seraient engagés, à l'exclusion des biens du patrimoine social. Il serait également possible de compléter l'article 2026 du Code civil pour permettre au fiduciaire dont la faute a été commise dans le cadre de ses missions d'engager le patrimoine fiduciaire, à l'exclusion de son patrimoine personnel¹¹⁸⁶. L'EIRL n'engagerait aussi que son patrimoine professionnel dans le cas d'une faute commise dans le cadre de son activité, comme par exemple, le dommage causé par l'exécution d'un contrat professionnel. Des adaptations semblent cependant nécessaires concernant les universalités imparfaites puisqu'elles font intervenir la collectivité des titulaires quand la faute doit, en principe, être personnelle¹¹⁸⁷. Le rattachement de la faute à l'intérêt poursuivi suffit à engager l'universalité juridique. Les modalités du droit de poursuite de la victime doivent cependant être précisées selon le type d'universalité. Pour l'universalité parfaite, les poursuites seront dirigées contre l'auteur de la faute mais uniquement sur la masse universelle concernée. Pour l'universalité imparfaite, les poursuites ne pourront être exercées que contre l'auteur de la faute, à l'exclusion des autres titulaires de la masse, mais les biens de l'universalité seront engagés si la faute aura été commise dans la poursuite de l'intérêt commun.

363. La conformité à l'intérêt fédérateur. – Malgré ces méthodes *a priori* distinctes de détermination du passif de l'universalité de droit, il semble possible de trouver, dans toutes ces hypothèses, un critère commun permettant de dissocier les groupes de créanciers. Analysée comme le respect d'une affectation pour les créanciers comme pour le titulaire de l'universalité, la destination des dettes peut être fondée sur une seule et unique idée : le

¹¹⁸⁵ L'hypothèse est en réalité inconnue mais elle semble pouvoir être avancée, notamment depuis la réforme de l'indivision en 2006. En effet, l'idée qu'une décision prise à la majorité des deux tiers engage les biens indivis sans engager les biens personnels des indivisaires n'ayant pas ratifié la décision permet de dire que le droit du créancier de l'indivision « entretient un lien étroit avec les biens faisant partie de l'indivision (...). On assiste donc à une certaine autonomisation de la masse indivise » : W. Dross, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°175-1, p. 335.

¹¹⁸⁶ Il serait aussi possible dans cette situation de permettre à la victime d'agir sur les deux patrimoines (personnel et fiduciaire) tout en permettant au fiduciaire d'obtenir le remboursement de la réparation sur le seul patrimoine fiduciaire.

¹¹⁸⁷ Cf. *infra* (n°433 et s.).

rattachement de la dette à l'intérêt poursuivi. La créance doit pouvoir être objectivement rattachée à l'intérêt de l'universalité qu'elle vient grever. Pour reprendre l'exemple de la liberté d'affectation comptable, la Professeure DEBOISSY écrit justement que « lorsqu'un contribuable choisit d'inscrire une dette au passif du bilan, il doit pouvoir justifier de la réalité de celle-ci ; à défaut, l'administration est en droit de considérer que les sommes correspondent à des produits imposables¹¹⁸⁸ ». Le critère de rattachement n'est pas forcément objectif mais il doit pouvoir être opposable aux tiers : dans cet exemple, c'est par la comptabilité que la réalité de l'affectation est assurée. De cette manière, la dette acquiert un caractère professionnel là où elle était, par défaut, personnelle.

364. La nécessité d'un contrôle de conformité. – Le respect de l'affectation des dettes est nécessaire pour éviter que la technique de l'universalité de droit ne soit détournée. Il s'agit, par conséquent, de protéger les tiers, notamment les créanciers, contre les éventuels abus du droit du propriétaire, d'affecter ses biens. Là où la liberté de créer une universalité de droit devrait être reconnue¹¹⁸⁹, il convient d'apporter des limites pour préserver les droits des créanciers, premiers concernés par l'opération. Le contrôle de la destination des dettes vise à garantir aux créanciers la détermination de l'assiette de leur droit de poursuite. Ce contrôle ne pouvant s'opérer en amont, il ne peut que passer par des sanctions de la violation, par le débiteur, de cette conformité. On retrouve ici les sanctions de la violation de l'affectation des biens par le propriétaire. L'affectation est une restriction des pouvoirs sur les biens que le propriétaire s'impose à lui-même. C'est donc sur le fondement de cette affectation que les tiers peuvent reprocher au titulaire d'une universalité d'avoir détourné la destination qu'il avait pourtant lui-même choisi d'appliquer à ses biens. La vigueur du contrôle dépendant du degré d'étanchéité entre les universalités, il ne peut être le même pour tous. En ce sens, la conformité à l'intérêt fédérateur est un élément essentiel de toutes les universalités mais les modalités de contrôle de cette conformité relèvent davantage d'un droit spécial des universalités¹¹⁹⁰.

II. Les effets de l'universalité de droit sur le gage général des créanciers

365. Les assiettes du droit de poursuite des créanciers. – L'universalité de droit permet de créer un droit de poursuite spécial. Celui-ci doit être mis en relation avec le droit

¹¹⁸⁸ FL. DEBOISSY, *ibid.*

¹¹⁸⁹ Cf. *supra* (n°276-279).

¹¹⁹⁰ Cf. *infra* (n°427).

de gage général qu'instaure le patrimoine légal. Les degrés d'étanchéité traduisent alors les différentes options de division du gage général. En dehors des cas où les catégories de créanciers ne sont pas en concours en raison d'un droit de poursuite exclusif sur une masse de biens, certains se voient offrir un droit de poursuite alternatif quand d'autres bénéficient d'un droit de poursuite subsidiaire sur les différents biens du débiteur. Ces différences quant aux droits des créanciers s'accordent parfaitement à la classification des universalités de droit, laquelle repose sur la distinction des intérêts fédérateurs¹¹⁹¹. Elles peuvent par ailleurs expliquer les relations qu'entretiennent les différentes universalités entre elles. Autrement dit, la distinction des intérêts commande celle des universalités ; à la classification des universalités correspond une division des droits de poursuites des créanciers (A) ; ces droits de poursuite spéciaux fondent les degrés d'étanchéité des universalités entre elles (B).

A. Les variations de l'assiette du gage général des créanciers

366. Catégories de créanciers. – L'universalité de droit a pour effet de créer des groupes de créanciers. Le mécanisme se retrouve en dehors des règles de l'universalité de droit. On pense ainsi aux créanciers superprivilégiés¹¹⁹² du droit des procédures collectives. Mais à la différence de ce dernier cas, la séparation des créanciers résulte de la création, volontaire, d'une universalité juridique. Ce n'est alors pas la loi qui intervient pour favoriser certains créanciers par rapport aux autres, c'est le débiteur lui-même qui va venir limiter l'accès de certaines personnes à certains biens. Or selon l'intérêt poursuivi, l'assiette du droit de gage général des créanciers sera plus ou moins réduite, créant ainsi plusieurs catégories de créanciers auxquelles correspondent plusieurs assiettes de biens sur lesquelles ceux-ci pourront agir.

367. Options de division du gage des créanciers. – Les créanciers qui subissent l'affectation des biens par leur débiteur se voient offrir un accès plus ou moins étendu aux biens de ce dernier. Il semble alors exister une gradation dans l'étendue du droit de gage général des créanciers, gradation qui est fonction de l'intérêt poursuivi par le débiteur d'une part et des mécanismes de protection dont les créanciers bénéficient d'autre part. Lorsque l'universalité de droit vise à permettre la poursuite d'un intérêt commun, les créanciers

¹¹⁹¹ Cf. *supra* (n°290 et s.).

¹¹⁹² On pense notamment au super-privilège des salaires et frais de justice de l'article L.622-17 du Code de commerce. Le texte offre à ces créances, sur le seul fondement de leur nature – c'est-à-dire parce qu'il s'agit de créances de salaire ou de créances de frais de justice –, un sort spécifique, de sorte que les titulaires de ces créances sont distingués des autres créanciers.

bénéficient d'une alternative entre l'universalité de droit ou le patrimoine légal des membres du groupe. Ainsi les créanciers communs ont-ils accès aux biens communs et aux biens propres de leur débiteur comme ceux de l'indivision peuvent agir sur les biens indivis ou les biens personnels des indivisaires. Il faut donc en déduire que l'universalité imparfaite offre un choix aux créanciers de la masse. L'assiette de leur droit de poursuite semble alors double. Lorsque l'intérêt est individuel (ou individualisé), la séparation entre l'universalité de droit et le patrimoine légal est plus franche et s'instaure alors une exclusivité de chaque catégorie de créanciers sur chacun des ensembles universels. Les créanciers professionnels de l'EIRL ont donc un droit exclusif sur les biens professionnels quand les créanciers personnels bénéficient de la même exclusivité vis-à-vis des biens personnels. Il en va de même pour la fiducie ou les sociétés. Il arrive cependant que, sans remettre directement en cause cette exclusivité, certains créanciers voient leur gage général s'étendre au-delà des biens affectés à l'intérêt corrélé. Plus précisément, c'est en cas d'insuffisance de leur assiette « exclusive » que le législateur leur offre un accès aux autres biens. L'exclusivité qui semble caractériser les universalités parfaites est alors remplacée par une subsidiarité. On retrouve celle-ci dans toutes les sociétés à responsabilité illimitée ou dans la fiducie¹¹⁹³ et elle se présente alors comme une garantie¹¹⁹⁴. Mais elle peut également servir de sanction, comme l'illustre l'article 2026 du Code civil ; dans cette dernière hypothèse, c'est en cas de faute dans la gestion de l'universalité que les créanciers obtiennent le droit de saisir les biens personnels du fiduciaire. Pour résumer, on constate l'existence de plusieurs degrés dans l'étendue du droit de gage général des créanciers en présence d'une universalité de droit : alternative, exclusivité ou subsidiarité sont les trois degrés dont les créanciers d'une universalité peuvent jouir.

368. Les liens entre l'assiette du gage général et l'intérêt poursuivi. – La différence entre alternative, exclusivité et subsidiarité semble reposer sur la distinction entre les différents intérêts qui peuvent fédérer un ensemble universel. Les universalités imparfaites permettent toutes une alternative, à chaque fois, offerte par le législateur parce qu'il n'y a pas d'autres moyens de protéger les créanciers. La liberté offerte au débiteur de créer des universalités imparfaites impose de protéger les créanciers avec plus de vigueur. En revanche, parce que la création des universalités parfaites est gouvernée par un système de

¹¹⁹³ Art. 2025, al. 2, C. Civ.

¹¹⁹⁴ V. par ex. M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2016, n°1421 et s., p. 601 et s.

publicité¹¹⁹⁵, la protection des créanciers s'organise d'une toute autre manière. L'intérêt poursuivi lors de la création d'un tel ensemble universel est individuel ou individualisé¹¹⁹⁶. Or pour ne pas confondre les différents intérêts individuels qui se rattachent à une même volonté, il faut pouvoir exclure les créanciers dont les droits naissent d'un intérêt, des biens qui ne sont pas affectés à la poursuite de ce même intérêt. En d'autres termes, l'individualisation de l'intérêt fédérateur dans les universalités parfaites implique nécessairement une exclusivité entre les créanciers de l'une ou de l'autre des masses ainsi créées. En ce sens, les créanciers professionnels de l'EIRL ne sont jamais censés être en concours avec les créanciers personnels de leur débiteur.

369. La subsidiarité ne remet pas en cause l'exclusivité. – Se pose la question de savoir si, parmi les universalités parfaites, celles qui sont fédérées par un intérêt collectif – individualisé par le truchement de la personne morale – offrent nécessairement un droit exclusif à leurs créanciers. Une réponse positive s'impose pour plusieurs raisons : d'une part, il existe bel et bien un droit exclusif pour les créanciers d'une société, même à responsabilité illimitée. Les créanciers sociaux sont les seuls à pouvoir saisir les biens de la société, à l'exclusion, donc, des créanciers personnels de chaque associé. Cette exclusivité est plus forte que dans les universalités imparfaites car les créanciers personnels ne se voient pas offrir le droit de provoquer un partage – c'est-à-dire une liquidation de la société. Il semble donc exister un lien entre l'intérêt fédérateur de l'universalité d'un côté et les options de division du gage de l'autre.

370. Les liens entre l'intérêt fédérateur et l'option de division du gage. – Parmi les intérêts susceptibles de justifier la création d'une universalité juridique, il a été possible d'identifier une première distinction : l'intérêt est alors soit individuel soit collectif. Lorsque les universalités sont collectives – il s'agit alors du patrimoine de société –, des moyens internes sont mis en place pour protéger l'intérêt du groupement contre les intérêts individuels des membres qui le composent. D'autres moyens sont également instaurés pour la protection des créanciers. Il y a, dans ce type d'universalité, un choix entre responsabilité limitée ou illimitée qui signifie que les créanciers se voient offrir une exclusivité ou une

¹¹⁹⁵ Cf. *infra* (n°398 et s.).

¹¹⁹⁶ C'est sur ce point que la plupart des auteurs récents sur le patrimoine d'affectation ne parviennent pas à s'entendre. En effet, une fois admis que l'élément fédérateur de tout ensemble universel est l'intérêt et une fois accepté l'idée que l'intérêt général de la personne constitue le point central du patrimoine, de nombreux auteurs considèrent que le seul intérêt pouvant trouver une autonomie est l'intérêt collectif. En ce sens, G. WICKER, *op. cit.*, n°192 et s., p. ? et s. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1960, n°389 et s., p. 335 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°941, p. 431.

subsidiarité sur les biens. Cette distinction semble affaiblir la protection des créanciers lorsque les associés optent pour la limitation de la responsabilité. Le danger est néanmoins écarté par la mise de départ dans le jeu puisque les associés de la société à responsabilité limitée engagent leur responsabilité lorsqu'ils ne font pas correspondre les moyens dont ils dotent la société avec son activité¹¹⁹⁷. Il s'agit, dans les deux cas, d'offrir une garantie aux créanciers de la société (ou au moins, l'assurance apparente d'être payé). Dans les universalités individuelles ensuite, on a une véritable distinction encore entre intérêt égoïste et intérêt altruiste : là où les motivations du débiteur sont purement personnelles – et donc l'intérêt beaucoup moins distinct –, il faut renforcer la protection des créanciers contre un éventuel abus. Si le principe est donc l'exclusivité, il faut aussi admettre la subsidiarité.

371. Cohérence avec la classification retenue. – Les universalités imparfaites sont des masses de biens et de dettes dont l'autonomie existe mais qui semble moins forte. L'intérêt qui les fédère se raccroche en quelques sortes à l'intérêt général et indifférencié de chacun de ces membres mais il s'isole en raison de son caractère plural. L'intérêt de chaque époux se fonde dans l'intérêt du couple. En d'autres termes, l'intérêt fédérateur des universalités imparfaites correspond à un intérêt convergent qui participe à la poursuite des intérêts individuels des membres d'un groupement. C'est ce rattachement à l'intérêt des personnes qui explique pourquoi les créanciers de ces universalités bénéficient d'une alternative entre deux catégories de biens sur lesquelles agir. Ainsi, les créanciers communs comme les créanciers de l'indivision peuvent agir à la fois sur la masse commune et la masse propre de leur débiteur ou sur la masse indivise et le patrimoine du débiteur indivisaire. À l'inverse, les universalités parfaites sont toujours fédérées par un intérêt véritablement distinct et autonome. Que cette autonomie résulte de la capacité d'un groupe à exprimer une volonté unique ou de la publicité d'un acte rendant l'isolement de ce nouvel intérêt opposable aux tiers, elle se traduit par l'idée d'une exclusion entre les catégories de créanciers. Individualisé, l'intérêt spécifique de l'EIRL ou d'un groupe de personne permettant la création d'une société permet ainsi d'isoler l'intérêt juridique au fondement d'une nouvelle masse universelle. En ce sens, la classification des universalités de droit en universalités, parfaites et imparfaites, trouve une correspondance exacte avec les options de division du droit de poursuite des créanciers.

¹¹⁹⁷ Com. 19 mars 1996, n°94-12004, Bull. Civ. IV, n°91 ; *BJS* 1996, p. 613, note. A. COURET ; *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. GRUGUIER ; *Defrénois* 1996, p. 835, note. P. LE CANNU.

B. Les concours entre masses autonomes

372. Fondement de la séparation des universalités. – Envisagée comme une technique de gestion patrimoniale, l'universalité juridique peut servir à modifier le régime d'un bien spécifique ou servir à créer un droit de poursuite concurrent au droit de gage général des créanciers. Dans un cas, l'exploitation commune d'un bien permettra d'identifier un intérêt nouveau et surtout partagé entre plusieurs personnes. Cet intérêt sera alors suffisamment distinct pour autoriser la création d'une universalité de droit ou, du moins, une universalité imparfaite. Ainsi en est-il lorsque deux concubins décident d'acquérir ensemble un bien sur lequel les éventuels bénéfices, la gestion ou les dettes qui en sont issues seront partagés. Cette exploitation commune passera alors par une indivision conventionnelle, permettant d'offrir, relativement au bien indivis, un régime spécifique de corrélation entre biens et dettes. Dans l'autre cas, la logique est inversée et c'est l'intérêt nouveau qui pousse les personnes à créer un ensemble de biens en vue de la poursuite de cet intérêt. C'est ainsi que plusieurs personnes qui poursuivent le même but lucratif vont être amenées à s'associer pour former une société. Cette différence de fondements n'appelle pourtant pas de différence de régime. L'indivision et la société ne s'opposent d'ailleurs pas forcément, elles se concurrencent¹¹⁹⁸. Elle invite plutôt à se demander si, dans le panel des universalités de droit parmi lesquelles une personne peut choisir, un cumul entre plusieurs universalités est possible.

373. Règles de séparation. – Parce qu'un bien affecté à un intérêt distinct – et, par conséquent, placé dans une universalité de droit déterminée – ne peut, *a priori*, faire partie de plusieurs universalités simultanément, il convient de voir quels sont les rapports qu'entretiennent les différents ensembles universels entre eux. Ces rapports passent d'abord par une coexistence. Coexister signifie vivre dans un même espace et dans un même temps, ce qui implique des conflits, des oppositions ou des interactions, des complémentarités. S'intéresser à la coexistence des universalités juridiques suppose alors d'expliquer les relations de concurrence qui s'infèrent de la définition même de l'universalité de droit. Conçu comme un aménagement du droit de poursuite des créanciers, l'ensemble universel va, par nature, modifier la composition de l'assiette de ce droit d'une part, et créer un droit identique et concurrent d'autre part. Mais selon les types d'universalité envisagés, l'aménagement du

¹¹⁹⁸ FL. DEBOISSY & G. WICKER, « La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 225 et s.

droit de gage général n'emporte pas toujours les mêmes conséquences concernant les règles de coexistence.

374. Universalités parfaite et imparfaite. – Les universalités juridiques ont en commun de naître de la reconnaissance, par le Droit objectif, d'un intérêt distinct¹¹⁹⁹. Mais celui-ci peut être individuel (ou individualisé) ou il peut être commun¹²⁰⁰. Or nous avons vu que la distinction de ces deux types d'intérêt donne lieu à une distinction correspondante des ensembles universels. L'universalité parfaite, née d'un intérêt individuel, sera totalement séparée du patrimoine quand l'universalité imparfaite, engendrée par la naissance d'un intérêt commun, sera partiellement séparée du patrimoine. Ainsi, l'intérêt, selon qu'il soit individuel ou commun, va avoir des conséquences différentes sur la séparation des universalités de droit. C'est pourquoi il est possible d'affirmer que l'universalité imparfaite peut être superposée avec d'autres universalités (1) quand les universalités parfaites doivent nécessairement être séparées les unes des autres (2).

1. Les liens entre universalités parfaite et imparfaite

375. Une fonction incomplète. – L'imperfection de certaines universalités, telle que l'indivision ou la masse commune, tient non seulement à l'asymétrie de l'autonomie dont elles jouissent¹²⁰¹ – c'est-à-dire d'une atteinte moindre au droit de poursuite des créanciers – mais également à l'idée qu'elles ne permettent pas d'aboutir à la création d'un ensemble véritablement distinct du patrimoine légal. Sans remettre en cause sa qualification en tant que bien extrapatrimonial¹²⁰², le caractère imparfait d'une universalité signifie alors que l'aménagement du droit de poursuite, objectif de tout ensemble universel, n'est pas abouti¹²⁰³. Il semble donc exister une véritable concordance entre le caractère distinct de l'intérêt fédérateur et l'autonomie patrimoniale qui en résulte. L'intérêt commun n'est pas suffisamment distinct des intérêts individuels du groupe pour permettre la création d'un véritable aménagement du droit de poursuite des créanciers. C'est ainsi que les créanciers de l'indivision conservent un droit sur les biens personnels des indivisaires en plus du droit de

¹¹⁹⁹ Cf. *supra* (n°279).

¹²⁰⁰ Cf. *supra* (n°282 et s.).

¹²⁰¹ Cf. *supra* (n°90).

¹²⁰² Cf. *supra* (n°247).

¹²⁰³ De nombreux auteurs qualifient ainsi l'indivision de patrimoine d'affectation « limité » ou « incomplet » : D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°198, p. 123 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°6.17, p. 372 et s.

poursuite qu'ils ont sur les biens indivis¹²⁰⁴. De la même manière, le créancier de l'époux commun en biens a tant accès aux biens communs qu'aux biens propres de son débiteur¹²⁰⁵. L'universalité imparfaite, qui vise bel et bien une limitation de la responsabilité, ne parvient pas à une limitation totale. Seuls les créanciers personnels de l'indivisaire et le créancier antérieur au mariage¹²⁰⁶ par exemple voient leur droit de gage général réduit par la création de l'universalité.

376. Explication théorique de l'imperfection. – Les universalités imparfaites identifiées en droit positif¹²⁰⁷ permettent d'expliquer le lien entre la notion d'intérêt commun d'une part et l'asymétrie de l'autonomie patrimoniale dont elles bénéficient d'autre part. La masse commune par exemple est souvent analysée comme une forme d'indivision particulière, soustraite au régime des articles 815 et suivants du Code civil¹²⁰⁸. Nombreux sont ainsi ceux qui voient, dans ces deux formes de propriété plurale, le mode d'expression d'un intérêt commun quoique non-distinct des intérêts individuels de chaque membre du groupe¹²⁰⁹. Et l'exemple de la communauté permet d'identifier l'adaptation nécessaire de la séparation des masses selon les intérêts en cause. Dans tout régime matrimonial de communauté, « le régime du passif procède de la recherche d'un difficile équilibre entre l'intérêt des créanciers et l'intérêt des époux, entre le crédit du ménage et la nécessaire protection de chacun des époux contre les agissements de l'autre¹²¹⁰ ». En d'autres termes, la présence d'une pluralité de sujets et d'intérêts correspondants impose de ne pas séparer complètement l'universalité imparfaite du patrimoine légal de chaque membre du groupe. Parce que chacun a vocation à tirer un intérêt individuel de la décision commune, le créancier acquiert des droits non seulement à l'égard des biens mis en communs mais aussi à l'égard

¹²⁰⁴ Art. 815-17, C. Civ.

¹²⁰⁵ Art. 1413 et 1414, C. Civ.

¹²⁰⁶ Art. 1410, C. Civ.

¹²⁰⁷ Cf. *supra* (n°79 et s.).

¹²⁰⁸ R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ 2017, n°141, p. 116 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Dalloz 2011, n°268, p. 200-201 ; A. COLOMER, *Droit civil – Régimes matrimoniaux*, LexisNexis 2004, n°404, 194 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois 2010, n°39, p. 20 ; H., L. & J. MAZEAUD, compl. M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil – Régimes matrimoniaux*, t. IV, Montchrestien 1977, n°102 et s., p. 133 et s.

¹²⁰⁹ Le Professeur TERRÉ écrit ainsi au sujet de l'indivision et de la communauté que « tout groupement se trouve ainsi parcouru de forces centripètes qui, reflétant un intérêt collectif, postulent organisation et durée ; mais il est aussi traversé de courants centrifuges qui, traduisant les intérêts particuliers, tendent à la sécession et à la dislocation » : FR. TERRÉ, « L'indivision », *Defrénois* 1979, art. 31874.

¹²¹⁰ FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *op. cit.*, n°271, p. 204-305.

de ceux de celui avec qui il contracte. Ce constat a d'ailleurs une incidence sur l'aménagement du droit de poursuite des créanciers et sur la titularité de l'universalité¹²¹¹.

377. Une distinction classique entre obligation et contribution à la dette¹²¹². – En poursuivant l'analyse, il est possible de voir dans l'universalité imparfaite, l'aménagement du droit de poursuite des créanciers accompagné d'un mécanisme correcteur permettant de dissocier obligation et contribution à la dette. C'est, une fois encore, le rattachement de la dette à l'intérêt poursuivi qui permet d'atteindre l'équilibre entre les intérêts de chaque membre, l'intérêt de la collectivité et l'intérêt des créanciers. Là où la communauté offre aux créanciers communs un droit de poursuite étendu aux biens propres de l'époux débiteur et aux biens communs, la loi rétablit l'équilibre sur le fondement de l'intérêt¹²¹³, à travers le mécanisme des récompenses. De la même manière, l'indivision offre aux créanciers indivis, un droit sur tous les biens (indivis ou personnels de chaque indivisaire) mais leur droit de créance doit être issu de la gestion, de l'amélioration ou de la conservation des biens de l'indivision. « Plus la cohésion de la communauté s'affirme contre les individualités qui la composent, plus ces dettes et ces créances seront perçues comme siennes propres¹²¹⁴ ». C'est donc l'intérêt qui dicte l'assiette du droit de poursuite du créancier. La dissociation est moins présente dans le cas de l'indivision car le problème est anticipé par la loi : le rattachement de la dette à l'intérêt poursuivi supprime la nécessité de dissocier l'obligation de la contribution à la dette. Pourtant, cette distinction ne disparaît pas complètement puisque si l'un des indivisaires désintéresse seul le créancier commun, il obtient une créance sur l'indivision qui sera réglée au moment du partage¹²¹⁵. La notion de compte de l'indivision permet alors de

¹²¹¹ Cf. *infra* (n°490 et s.)

¹²¹² Il convient de noter ici que la distinction entre obligation et contribution à la dette, traditionnellement enseignée en matière de régimes matrimoniaux se distinguent des règles qui portent le même nom sous le régime général des obligations. Les approches se rejoignent pourtant sur l'idée qu'elles ont vocation à encadrer les situations où une pluralité de débiteurs vont avoir à faire à un même créancier.

¹²¹³ En ce sens, A. COLOMER, *op. cit.*, n°927 et s., p. 437 et s. FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *op. cit.*, n°652 et s., p. 504 et s. ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *op. cit.*, n°606 et s., p. 253 et s. ; C. SAUJOT, « Le fondement des récompenses », *RTD Civ.* 1970, p. 684 et s. ; D. R. MARTIN, « Des règlements liquidatifs entre époux », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, LGDJ 2012, p. 601 et s.

La jurisprudence et le législateur vont d'ailleurs en ce sens en exigeant, pour se prévaloir d'une récompense, que la masse créancière prouve le profit tiré par la masse emprunteuse : art. 1433 et 1437, C. Civ. Et en jurisprudence, v. par ex. Civ. 1^{er}, 14 janv. 2003, Bull. civ. I, n°04, n°00-21108 ; D. 2003, p. 575, note B. BEIGNER ; D. 2003, Somm. 1866, obs. V. BRÉMOND ; JCP G 2003, I, 158, n°15, obs. A. TISSERAND ; *RTD Civ.* 2003, p. 340, obs. B. VAREILLE ; *Defrénois* 2003, art. 37791, obs. G. CHAMPENOIS ; *RJPF* avr. 2003, p. 14, obs. F. VAUVILLÉ.

¹²¹⁴ W. DROSS, *Les choses*, LGDJ 2012, n°174, p. 333.

¹²¹⁵ Est en effet considérée comme une créance de l'indivision (au sens de l'article 815-17), celle qu'un indivisaire détient en raison des sommes qu'il a dues avancer pour empêcher la saisie du bien – le paiement de la dette étant considéré comme une dépense de conservation du bien indivis (au sens de l'article 815-13). En ce sens, les créances dues au FISC ou à un syndicat de copropriété sont vues comme des dépenses de conservation :

retrouver le mécanisme correcteur identique – dans sa finalité – aux récompenses, permettant d’aligner une dépense avec l’intérêt qu’elle dessert¹²¹⁶. Si la dépense faite par l’un est réalisée dans l’intérêt commun, il est logique et équitable que celui qui l’a faite obtienne remboursement partiel de ses coindivisaires.

378. Les fondements de la superposition des universalités imparfaites. – Finalement, l’impossibilité de distinguer totalement l’intérêt fédérateur de l’universalité d’un côté, et l’intérêt individuel des membres du groupe de l’autre, emporte des conséquences sur les liens qu’entretiennent ces universalités et les membres qui sont à leur tête. L’universalité imparfaite ne change donc pas de nature ou de structure, ce qui permet de la ranger aux côtés des autres universalités de droit. Pourtant, l’aménagement du droit de gage général des créanciers auquel elle parvient n’est pas abouti. Cette imperfection traduit le maintien d’un lien entre l’ensemble universel et le patrimoine de chaque membre du groupement. Parce qu’elle est l’objet de plusieurs titularités, les biens qui y sont placés ont vocation à être répartis dans les patrimoines respectifs des indivisaires ou des époux. Au final, l’universalité imparfaite semble nécessairement transitoire, temporaire. Elle a une visée purement liquidative et est inévitablement destinée à un partage¹²¹⁷.

379. La propriété des biens de l’universalité imparfaite. – Les universalités imparfaites sont conçues, comme toute universalité de droit, en vue de modifier l’assiette du droit de poursuite des créanciers. Par le moyen d’une affectation des biens contenus dans l’ensemble, les rapports entre le propriétaire et la chose d’abord, entre la chose et les obligations de ce propriétaire ensuite, et entre la chose et les créanciers enfin, sont modifiés. Le lien entre la chose affectée et le propriétaire change d’abord puisqu’étant destinée à la poursuite d’un intérêt commun et partagé avec une autre personne, la chose, indivise ou commune, n’est plus l’objet exclusif d’un débiteur¹²¹⁸. Or l’affectation d’un bien vient en

Civ. 1^{er}, 16 avr. 2008, Bull. Civ. I, n°122, n°07-12224, *JCP G* 2008, I, 194, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; Civ. 1^{er}, 13 janv. 2016, n°14-24767, *D.* 2016, p. 1779, obs. L. NEYRET & N. REBOUL-MAUPIN ; *AJ Fam.* 2016, p. 163, obs. J. CASEY.

¹²¹⁶ En ce sens, A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Liquidation d’indivision : du bon règlement du passif et des comptes, *Deffrénois* 2010, p. 2269.

¹²¹⁷ Ne sont pas envisagées ici les « indivisions spéciales » à savoir les indivisions forcées imposées par la loi (telle que la mitoyenneté par exemple) ou les copropriétés d’immeubles bâtis qui ne sont pas soumises au droit commun de l’indivision.

¹²¹⁸ Ce qui est particulièrement vrai pour les biens communs puisque si le Code civil prend soin de préciser les pouvoirs des époux sur ces biens, il reste silencieux sur leur titularité, de sorte que « approprier à deux, cela ne signifie pas que chaque époux soit considéré comme titulaire de la moitié de la masse commune, mais plutôt que l’un et l’autre sont ensembles propriétaires de la totalité des biens » : R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz-LexisNexis 2004, p. 297 et s., spéc., n°16, p. 317.

modifier le régime ; les pouvoirs du ou des propriétaires sur le bien indivis¹²¹⁹ comme sur le bien commun¹²²⁰ s'en trouvent ainsi modifiés. De la même manière, le rapport entre ce bien et sa fonction de garantie générale des obligations s'en trouve nécessairement altéré. L'insaisissabilité du bien indivis par les créanciers personnels ou celle des biens communs par les créanciers propres de chaque époux se présente alors comme une dérogation au droit de gage général des créanciers. Mais l'affectation ne vient pas dénaturer le bien, elle en oriente la fonction¹²²¹. Ainsi, les biens continuent de servir le droit de poursuite des créanciers mais cette fonction est orientée non plus vers l'intérêt individuel du propriétaire mais vers l'intérêt commun du groupe. Autrement dit, la fonction de garantie du bien est ici modifiée car la chose ne garantit plus (uniquement) les obligations du propriétaire. Par exemple, le bien commun acquis par un époux pourra être saisi par un créancier commun qui n'aura pourtant contracté qu'avec le conjoint du propriétaire¹²²². Il est possible de tirer deux conséquences, concernant les rapports entre universalités, de cet aménagement du régime de la propriété des biens partagés. D'une part, l'universalité imparfaite se superpose avec les patrimoines légaux des membres du groupement¹²²³, ce qui implique que l'ensemble universel fasse partie du patrimoine de chacun. D'autre part et en conséquence, les universalités imparfaites peuvent se cumuler avec des universalités parfaites.

380. L'inclusion de l'universalité imparfaite dans le patrimoine légal. – Les relations entre universalités imparfaites et patrimoine légal, universalité de droit par défaut¹²²⁴, peut prendre deux formes : l'opposition ou la complémentarité, c'est-à-dire l'exclusion ou l'inclusion. En substance, l'universalité imparfaite ne crée une insaisissabilité que dans un sens, de sorte que les créanciers qui peuvent agir sur l'ensemble universel peuvent toujours agir sur le patrimoine légal des membres du groupement. Ainsi, le créancier

Le raisonnement est vrai également concernant les biens indivis quoique le Droit positif ait décidé de passer par l'artifice de la quote-part. Ainsi le Professeur DROSS écrit-il que « cette idée de part indivise n'est au fond que le produit d'une anticipation du résultat des opérations de partage : elle reflète l'importance du lot qui sera attribué à l'indivisaire lors du partage du bien indivis » : W. DROSS, *op. cit.*, n°160, p. 308. D'ailleurs, la jurisprudence a pu énoncer que le partage est déclaratif et non translatif : Cass, Ch. Réunies, 5 déc 1907, CHOLLET c/ DUMOULIN, *GAJC*, n°119 ; *DP* 1908.1, p. 113 note COLIN ; *S.* 1908.1, p. 5, concl. BAUDOIN, note LYON-CAEN ; Civ. 13 oct. 2004, n°03-12968 ; *D.* 2004, AJ 2935, obs. ROUQUET ; *Deffrénois* 2005, 1169, obs. RUET ; *RDC* 2005, p. 358, obs. J.B. SEUBE. V. également à ce sujet : A. WAHL, « Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », in *Livre du centenaire du Code civil*, rééd. Dalloz 2004, p. 443 et s.

¹²¹⁹ Art. 815-2 et s., C. Civ.

¹²²⁰ Art. 1421 et s., C. Civ.

¹²²¹ Cf. *supra* (n°330).

¹²²² En application de l'article 1413 du Code civil.

¹²²³ Cf. annexe 3.

¹²²⁴ Cf. *supra* (n°206).

de l'indivision peut agir à la fois sur les biens indivis et sur les biens personnels de chaque indivisaire. Le créancier d'un époux peut pareillement agir sur les biens communs mais aussi sur les biens propres de son débiteur. Cette alternative¹²²⁵ offerte aux créanciers de l'universalité juridique milite dans le sens d'une inclusion de l'ensemble universel dans le patrimoine du débiteur. Les biens affectés à l'intérêt commun ont vocation à faire partie du patrimoine du débiteur au moment de la liquidation de l'universalité. Or cette liquidation étant inévitable, ces biens ont vocation à être partagés, ils sont donc temporairement paralysés dans leur fonction patrimoniale sans en être totalement exclus. C'est d'ailleurs la fonction de l'insaisissabilité relative, par opposition à l'insaisissabilité absolue : la première paralyse la fonction de garantie du bien à l'égard des créanciers (ou de certains d'entre eux) alors que la seconde atteste de l'inexistence de cette fonction dans le bien considéré, permettant la qualification de bien extrapatrimonial¹²²⁶.

381. Cohérence avec l'insaisissabilité relative. – Nous avons pu voir que la création d'une universalité de droit fait naître une insaisissabilité relative à l'égard des biens affectés à un nouvel intérêt. Or, lorsque le bien ainsi affecté, sort du patrimoine légal, il est frappé d'une insaisissabilité. Mais lorsqu'il en sort pour intégrer une autre universalité juridique, il n'est que relativement insaisissable et la relativité qui l'affecte est personnelle¹²²⁷. C'est le cas des biens indivis ou des biens communs : ceux-ci sont exclus du patrimoine pour intégrer une nouvelle universalité, expliquant pourquoi les créanciers personnels ou propres n'y ont plus accès. En théorie, la création d'une universalité de droit engendre une insaisissabilité relative des biens qui y sont contenus. Or cette catégorie d'insaisissabilité ne fait pas nécessairement sortir les biens du patrimoine légal car celle-ci a pour but de neutraliser la valeur du bien dans l'objectif du désintéressement des créanciers mais pas de la supprimer¹²²⁸. L'idée d'une séparation des universalités répond donc de leur essence : aménagement du droit de poursuite des créanciers, elles se séparent du patrimoine légal pour offrir un gage nouveau à une catégorie déterminée de créanciers. Il est pourtant légitime de se demander si le caractère asymétrique de l'autonomie ne fait pas obstacle à cette séparation.

382. Le cumul des universalités imparfaites. – Parce qu'elle n'est qu'incomplète, l'autonomie des universalités imparfaites permet de coupler celles-ci avec des universalités

¹²²⁵ L'idée d'alternative s'oppose à l'exclusivité ou à la subsidiarité. Elle implique que le créancier ne puisse se voir opposer un quelconque bénéfice de discussion : cf. *supra* (n°296).

¹²²⁶ Cf. *supra* (n°247).

¹²²⁷ Cf. *supra* (n°347 et s.).

¹²²⁸ Cf. *supra* (n°337).

parfaites. Autrement dit, un bien commun ou un bien indivis peut intégrer le patrimoine légal ou une autre universalité parfaite. C'est d'ailleurs ce que prévoit le législateur concernant l'EIRL¹²²⁹, la fiducie¹²³⁰ et même les sociétés¹²³¹. Cet argument textuel en faveur de l'inclusion des universalités imparfaites dans le patrimoine légal est cohérent avec l'idée que ces ensembles universels d'une autonomie incomplète offrent aux créanciers qui peuvent agir sur ces biens, une alternative. Dès lors que le créancier de l'indivision peut choisir entre agir sur les biens indivis ou sur les biens personnels de chaque indivisaire, il faut considérer qu'il a accès à tous les biens de son débiteur, lesquels font donc tous partie d'un même ensemble.

383. La théorie des sous-ensembles. – Certains auteurs ont proposé, à l'occasion de leur étude du patrimoine d'affectation, de voir dans ces nouvelles universalités juridiques des sous-ensembles faisant partie du patrimoine légal du titulaire. La théorie repose sur l'idée que le patrimoine d'affectation n'est pas une exception du principe d'unicité du patrimoine¹²³². Le patrimoine affecté à un nouvel intérêt constituerait alors un sous-ensemble intégré dans le patrimoine légal du titulaire mais séparé par une cloison étanche¹²³³. Ces auteurs proposent ainsi de concilier les théories objective et subjective du patrimoine permettant l'introduction, en droit positif, des patrimoines d'affectation sans remettre en question le lien entre patrimoine et personnalité juridique. Or nous avons vu que ces deux notions peuvent être dissociées car, mis au service du sujet de droit¹²³⁴, le patrimoine n'est autre qu'un objet de droit¹²³⁵. Et parce que le bien commun ou indivis fait partie de la masse commune ou indivise mais aussi du patrimoine de plusieurs personnes, la théorie du sous-ensemble doit être rejetée. Mais cette thèse peut apporter un éclairage dans l'étude des relations qu'entretiennent les universalités juridiques entre elles. En effet, l'asymétrie de

¹²²⁹ Art. L.526-11, C. Com.

¹²³⁰ Art. 2012, C. Civ.

¹²³¹ C'est ce que suggère l'article 1424 du Code civil qui impose la cogestion des époux concernant l'aliénation des droits sociaux non-négociable. Dans le même sens, la jurisprudence relative à la distinction entre le titre et la finance montre bien qu'un bien commun peut être l'objet d'un apport en société : Civ. 1^e, 9 juill. 1991, Bull. Civ. I, n°232, arrêt GELADA, *Defrénois* 1991, p. 1331, obs. P. LE CANNU.

¹²³² Ce sont parfois les mêmes auteurs qui suggèrent l'adoption d'une notion nouvelle de sous-personnalité ou de pro-personnalité : v. par exemple A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, *Defrénois* 2007, n°797 et s., p. 376 et s. ; E. DUBUISSON, « Patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'entrepreneur individuel », *D.* 2013, p. 792.

¹²³³ En ce sens, sous l'appellation de « sous-ensemble », de « petits patrimoines » ou de « sous-patrimoines » : H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon 1910, spéc. p. 251 et s. ; F.H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une seule personne*, LGDJ 1957, spéc. n°135 et s., p. 125 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997, n°193 et s., p. 198 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire : contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris 1 2003, n°44 et s., p. 40 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°902 et s., p. 418 et s. ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, LGDJ 2018, spéc. n°63 et s., p. 73 et s.

¹²³⁴ Cf. *supra* (n°39 et s.).

¹²³⁵ Cf. *supra* (n°240 et s.).

l'autonomie patrimoniale des universalités imparfaites peut s'expliquer par l'idée que la masse commune ou l'indivision se superpose avec le patrimoine légal (ou une autre universalité). Ainsi, les biens compris dans l'universalité imparfaite font partie de deux universalités juridiques simultanément. La cloison qui sépare l'ensemble universel imparfait du patrimoine ne serait alors étanche que d'un côté, permettant aux créanciers de l'indivision ou aux créanciers communs d'accéder aux autres biens du patrimoine mais pas aux créanciers du patrimoine d'accéder aux biens de l'universalité¹²³⁶.

384. L'impossible cumul entre universalités imparfaites. – La superposition des universalités semble limitée à l'hypothèse d'une universalité imparfaite et d'une universalité parfaite. Autrement dit, deux universalités imparfaites ne peuvent se superposer, pas plus que deux ensembles parfaits entre eux. S'il est possible pour un époux de détenir des parts sociales dépendant de la communauté ou pour un indivisaire d'affecter un bien indivis à une universalité spécifique, il est en revanche impossible pour un bien d'être à la fois commun et indivis¹²³⁷. Ainsi l'article 1408 prévoit-il que « l'acquisition faite, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un bien dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un acquêt, sauf la récompense due à la communauté pour la somme qu'elle a pu fournir ». De la même manière, un bien affecté à une universalité fiduciaire ou professionnelle ne peut intégrer une autre masse parfaite, de sorte que les universalités parfaites sont, contrairement aux universalités imparfaites, strictement séparées, ce qu'il convient de vérifier.

2. La séparation de principe des universalités parfaites

385. Autonomie patrimoniale et séparation de l'universalité. – Là où l'universalité imparfaite offre une alternative aux créanciers pour agir sur tel ou tel ensemble de biens, l'universalité parfaite met en place deux droits de gage généraux concurrents et en principe exclusifs. Parce qu'elles s'opposent de manière franche au patrimoine, les universalités parfaites se présentent comme de véritables concurrents au patrimoine légal, elles en reprennent la structure et le fonctionnement et en sont la reproduction parfaite. En ce sens, l'autonomie patrimoniale dont jouissent ces universalités parfaites entre elles se traduit par une séparation, en principe, étanche avec le patrimoine d'abord et entre elles ensuite. Il faut

¹²³⁶ V. schéma annexe 3 (p. 493).

¹²³⁷ En ce sens, A.C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en Droit privé*, Bruylant 1994, p. 288 et s.

en déduire que deux universalités parfaites peuvent être séparées sans pour autant être sans maître. Autrement dit, une personne peut être à la tête à la fois d'un patrimoine et de plusieurs universalités étanches. Il convient en revanche de chercher des moyens pour les séparer effectivement. Parce qu'elles se caractérisent par l'autonomie qui leur est offerte, les universalités parfaites contiennent des éléments qui ne peuvent se retrouver dans d'autres universalités au même moment.

386. Le rejet de la théorie des sous-ensembles concernant les universalités parfaites. – La création d'une personne morale permet de dissocier à la fois les patrimoines – des associés et de la société – mais aussi les créanciers – toujours des associés d'un côté et de la société de l'autre. Les universalités de droit dépourvues de la personnalité morale produisent les mêmes effets. En ce sens, la distinction des créanciers devrait permettre d'établir une exclusivité sur les biens de chaque ensemble universel selon l'origine de la dette. Or cette exclusivité se traduit par une véritable séparation entre l'universalité créée dans la poursuite d'un intérêt nouveau et le patrimoine légal, fédéré par l'intérêt général et indifférencié de la personne. Certains auteurs s'étant penchés sur la question ont proposé de voir dans les patrimoines d'affectation un sous-ensemble du patrimoine : le premier ferait alors partie du second¹²³⁸. Deux arguments principaux sont ainsi avancés. D'abord, l'universalité de droit serait, selon ces auteurs un bien patrimonial comme un autre. Pour ceux-ci, le contenant rassemble des biens et devient, à l'image de l'universalité de fait, un bien lui-même. En ce sens, le patrimoine affecté constituerait une collection de biens et de dettes, formant un bien unique. Cette proposition est adoptée par une grande partie de la doctrine actuelle¹²³⁹. Ensuite, l'universalité parfaite ferait partie du patrimoine légal en ce qu'elle a été conçue comme tel dès son origine c'est-à-dire dans la théorie d'AUBRY et RAU¹²⁴⁰. Les deux auteurs avaient déjà envisagé des exceptions à leur principe d'unité du patrimoine en admettant la divisibilité de son contenu en son sein. Il s'agirait alors de masses isolées au sein du patrimoine légal ; c'est d'ailleurs ainsi qu'ils justifiaient le bénéfice d'inventaire¹²⁴¹. Ensuite, ces auteurs passent en réalité par l'idée des sous-ensembles pour

¹²³⁸ En ce sens, v. notamm. A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°797 et s., p. 376 et s. ; S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 392-393, p. 337 et s.

¹²³⁹ V. notamm. J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1990, n°200, p. 158 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2018, n°20, p. 27 ; H. GAZIN, *op. cit.*, p. 316 et s. A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008, n°210 et s., p. 92 et s. ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, th. Rennes I 2017, spéc. n°116 et s., p. 121 et s. ; F.H. SPETH, th. préc., n°154, p. 142-143 ; R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°21, p. 21 ; G. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, th. Paris, 1903, p. 46 et s. ; A.S. FERMANEL DE WINTER, *art. préc.*, p. 446.

¹²⁴⁰ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français*, par P. Esmein, 6^e éd. 1953, t. IX., §573 et s.

¹²⁴¹ CH. AUBRY & CH. RAU, *ibid.*

préserver une unité conforme à l'idée qu'il y a, dans le patrimoine légal, tous les biens de la personne, sans distinction. Or nous avons pu voir qu'il n'y a dans toute universalité, que des biens saisissables donc patrimoniaux. Par ailleurs, nous avons également vu que certains biens sortent du patrimoine légal pour intégrer une autre universalité de droit. L'insaisissabilité qui frappe les biens affectés à un intérêt distinct permet d'expliquer la sortie de ces biens de l'assiette du droit de gage général des créanciers. La relativité de cette insaisissabilité explique ensuite leur réintégration dans l'assiette d'un droit de poursuite, plus restreint¹²⁴². Quant à l'argument concernant la nature de l'universalité juridique, celle-ci se présente effectivement comme un bien mais un bien extrapatrimonial ; en ce sens, l'universalité de droit, en tant que contenant, ne peut faire partie du patrimoine légal.

387. L'exclusivité de principe des universalités parfaites. – L'alternative offerte aux créanciers des universalités imparfaites explique pourquoi celles-ci sont nécessairement superposées au patrimoine légal. Le bien commun ou indivis n'est pas exclu du patrimoine légal des indivisaires ; au contraire, la loi organise un moyen pour l'y intégrer¹²⁴³. Ainsi, le bien commun demeure la propriété de l'époux acquéreur quoique ses pouvoirs font l'objet d'un aménagement¹²⁴⁴. De la même manière, l'indivisaire est propriétaire de sa quote-part¹²⁴⁵. L'intérêt qui fédère ces universalités n'étant pas suffisamment distinct, la masse de biens et de dettes qui en résulte ne peut s'extraire entièrement du patrimoine légal de chaque membre du groupe. Tous les éléments contenus dans ces universalités imparfaites sont donc également présents dans le patrimoine légal de leur propriétaire. À l'inverse, les éléments contenus dans une universalité parfaite ne peuvent figurer également dans le patrimoine légal, de sorte que les deux ensembles ne peuvent être liés. Pourtant, la propriété des biens contenus dans chacune de ces masses n'est pas remise en cause ; seule leur affectation permet de déterminer leur appartenance à tel ou tel ensemble universel.

¹²⁴² Dans le même sens, une auteure écrit : « la constitution d'une corrélation actif-passif met en perspective la fonction de garantie de toute structure patrimoniale. (...) La généralité de l'affectation du patrimoine général ne rend pas impossible la création d'autres universalités de droit, répondant à une corrélation actif-passif particulière : elles consacrent alors des affectations particulières. Les autres patrimoines ne sont pas des parties du patrimoine général, ils ne constituent pas des sous-enveloppes de cette universalité, mais des biens distincts. Il ne s'agit pas d'isoler au sein du patrimoine général des éléments d'actif, ces derniers sortent de cette structure afin d'en intégrer une autre. Le caractère exclusif de toute affectation entraîne la coexistence du patrimoine général avec les patrimoines spéciaux. », nous soulignons : C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité de droit*, th. Paris I 2003, n°252, p. 189.

¹²⁴³ Déjà en ce sens, P. CATALA, « L'indivision entre époux », in *Mélanges P. HEBRAUD*, PU Toulouse 1991, p. 185 et s.

¹²⁴⁴ Cf. *infra* (n°493).

¹²⁴⁵ Cf. *infra* (n°488).

388. La subsidiarité de certaines universalités parfaites. – Certaines règles relatives à l'étendue du gage des créanciers des universalités parfaites de droit prévoient une subsidiarité entre deux « patrimoines », suggérant ainsi l'existence d'un lien entre les masses. L'article 2025 du Code civil prévoit ainsi dans son deuxième alinéa qu'en « cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers (...) ». Mais là où l'universalité imparfaite offre une alternative, les universalités parfaites, par principe, autonomes et étanches, n'offrent qu'un droit subsidiaire subordonné à l'insuffisance des poursuites sur l'universalité créée. Cette subsidiarité ne remet donc pas en cause la séparation nécessaire entre les universalités parfaites¹²⁴⁶. La mise en place de cette subsidiarité remet en cause la limitation de responsabilité, pourtant recherchée par la création d'une universalité spécifique. Si la subsidiarité ne remet pas en cause l'exclusivité, c'est qu'elle ne joue pas un rôle dans la qualification des universalités ou dans leur classification, elle ne sert finalement que de garantie¹²⁴⁷. La subsidiarité offerte aux créanciers dans l'exercice de leur droit de poursuite n'est donc que la contrepartie de la liberté du débiteur d'affecter certains de ses biens à un intérêt spécifique.

389. Classification et qualification en droit positif. – Partant de cette idée que certaines universalités parfaites offrent une exclusivité complète aux créanciers quand d'autres leur octroient un droit subsidiaire, il est possible de constater l'existence d'une sous-distinction, parmi les universalités parfaites. Dans une acception large, celles-ci sont entendues des masses qualifiées par la loi et la doctrine de « patrimoines d'affectation », mais également du patrimoine social des personnes morales ou des ensembles autonomes de biens et de dettes tels que les fonds communs de titrisation ou de placement ou encore le navire. La sous-distinction proposée consiste alors à intégrer parmi les universalités parfaites créée par l'effet de la volonté, les patrimoines sociaux. La distinction reposerait alors sur la dissociation des intérêts individuels et individualisés. Est un intérêt individuel, celui qui n'appartient qu'à une personne ; est individualisé, l'intérêt d'un groupe de personnes qui parvient à l'expression d'une volonté unique. Ce dernier cas de figure correspond souvent à la poursuite d'un but lucratif, à la recherche d'un profit. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'aménagement du droit de poursuite des créanciers renvoie à la limitation de la responsabilité

¹²⁴⁶ À l'image des sociétés à responsabilité illimitée où la séparation des patrimoines (de la société et de chacun des associés) n'est pas remise en cause par la possibilité des créanciers sociaux de poursuivre le paiement de leur créance auprès des associés après des poursuites infructueuses contre la société. V. en ce sens par ex ; TH. MASSART, *Répert. Dalloz Sociétés.*, V° *Contrat de société – Éléments essentiels du contrat de société*, n°39.

¹²⁴⁷ En ce sens, Com, 29 mars 2011, n°10-15554 et n°10-16776 ; v. également CL. AUBRY DE MAROMONT, « Les obligations subsidiaires », *RTD Civ.* 2018, p. 305 et s.

lors de la poursuite d'un profit. Il s'agit finalement de limiter le risque d'un investissement. Or, à l'image des sociétés, les universalités parfaites fédérées par un intérêt individuel, peuvent offrir une responsabilité limitée ou illimitée, permettant la mise en place d'une exclusivité ou d'une subsidiarité. La fiducie, par l'effet de l'article 2025, n'offre ainsi qu'une subsidiarité, quand l'EIRL octroie en principe une exclusivité à ses créanciers. Mais s'il fallait admettre l'utilisation de l'universalité juridique à d'autres fins, il serait légitime de se demander si les mêmes règles trouveraient à s'appliquer. Le régime de la société ne s'adapte-t-il pas lorsqu'il s'agit d'une SCI créée dans un contexte familial ? Ainsi, la fiducie-gestion pourrait être employée pour gérer le patrimoine d'un mineur ou d'un majeur protégé. Dans ce cas, les règles de subsidiarité trouveraient-elles encore à s'appliquer ?

390. Application de la classification en droit prospectif : l'exemple de l'universalité parfaite du majeur protégé. – L'utilisation de la technique de l'universalité de droit semble pouvoir dépasser l'objectif d'investissement. L'idée d'une universalité parfaite pour la gestion des biens du majeur protégé par exemple doit emprunter ses caractéristiques aux masses universelles existantes. Or s'agissant ici d'un intérêt individuel (celui du majeur à protéger), il serait utile de désigner comme titulaire de la masse, le tuteur ou le curateur. Le transfert des biens de la personne soumise à la mesure de protection dans une masse dédiée à son intérêt permettrait de délaïsser les pouvoirs quant à leur gestion à une personne plus apte à prendre les décisions. À l'image de la fiducie¹²⁴⁸, cette universalité parfaite constituerait alors le droit de poursuite exclusif des créanciers dont les droits naissent de la gestion, de la conservation ou de l'amélioration des biens qui composent la masse. Les créanciers personnels du tuteur ou du curateur n'auraient en revanche aucun droit sur les biens en question. Dans cette situation, deux questions relatives au droit de poursuite spécial demeurent : la première consiste à se demander quelle solution apportée en cas d'insuffisance de l'universalité parfaite ; la seconde revient à s'interroger sur le sort des obligations délictuelles nées de la faute du majeur protégé. Prenant la forme d'une universalité parfaite, ce nouvel ensemble serait strictement séparé du patrimoine légal du représentant et la faute du représenté serait réparée sur les biens affectés.

391. Conclusion de la section. – L'universalité juridique se décline en plusieurs catégories auxquelles correspondent plusieurs types de rapport entre l'ensemble universel

¹²⁴⁸ En ce sens déjà, v. les propositions timides de F. FRESNEL, *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, th. Paris II 1995 ; H. LETTELIER, « La fiducie en droit de la famille », in *Mélanges J. PRIEUR*, LexisNexis 2014, p. 321 et s.

d'un côté et le patrimoine de l'autre. Chaque catégorie d'universalité de droit offre au propriétaire/débiteur une possibilité d'aménager le droit de gage général des créanciers de manière plus ou moins forte. La vigueur de la séparation des ensembles universels semble fonction de la légitimité de l'intérêt poursuivi qui fédère lesdits ensembles. Plus exactement, la marque d'un tiers permet de limiter les actes du titulaire de l'universalité qui peut être tenté d'abuser de la liberté qui lui est accordée. Ainsi, plus la place du tiers est importante, moins le contrôle des actes du débiteur sera nécessaire. C'est d'ailleurs pour cette raison que les universalités à plusieurs invitent à moins de protection des créanciers que ne l'exigent les universalités parfaites. C'est ce rapport entre l'intérêt poursuivi et les limites au pouvoir du propriétaire qui justifie les variations constatées dans la séparation des universalités. Ces variations se traduisent techniquement par une gradation de l'étendue du droit de gage général des créanciers. Celui-ci se trouve plus ou moins restreint selon le danger présumé de l'universalité.

392. Conclusion du chapitre. – Objet complexe, l'universalité de droit est une structure gouvernée par une cohérence de toutes ses caractéristiques qui sont étroitement liées. L'affectation des biens qui en est à l'origine emporte, au-delà d'une insaisissabilité relative, une variation de l'étendue du droit de gage général des créanciers. Plus précisément, les biens affectés à la garantie des obligations de certains créanciers sont frappés d'une insaisissabilité pour les autres. Altérant le droit de poursuite de certains uniquement, cette insaisissabilité est un état relatif de la chose et non une de ses qualités. Les variations dans l'étendue de cette insaisissabilité traduisent les différences entre chaque ensemble universel. L'insaisissabilité partielle du bien indivis n'est pas comparable à celle du bien placé dans l'universalité fiduciaire. De ces différences, il est possible d'établir une dichotomie entre universalités, parfaite et imparfaite, auxquelles correspondent des droits de poursuite plus ou moins étendus. Là où le créancier de l'universalité parfaite n'est jamais en concours avec les créanciers personnels du propriétaire des biens affectés, celui de l'universalité imparfaite peut avoir à partager les gains de sa saisie avec d'autres lorsqu'il se fait payer sur un bien qui ne relève pas de la masse commune ou indivise, mais du patrimoine légal de son débiteur. Cette différence, qui rappelle la classification des ensembles universels précédemment établis, permet enfin d'analyser les rapports qu'entretiennent chacune de ces masses avec les autres. L'universalité parfaite se dissocie de manière étanche des autres universalités quand la masse imparfaite s'y ajoute, elle se juxtapose avec elles, notamment avec le patrimoine légal. L'analyse des effets de l'universalité de droit permet de comprendre pourquoi les

créanciers sont les premiers concernés par l'aménagement de leur droit de gage général. Les différences qui naissent de la distinction entre les types d'universalités appellent une adaptation des moyens par lesquels les créanciers seront protégés.

CHAPITRE 2ND – LES MOYENS DE LA PROTECTION

393. Des moyens connus du droit positif. – S’il est une « expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser¹²⁴⁹ », il paraît alors légitime que lorsque la loi octroie un tel pouvoir à l’individu, elle doit également en prévoir les limites. Parce qu’elle n’a jamais été conçue comme une notion unitaire, ni comme l’exercice d’un pouvoir de l’individu, l’universalité de droit ne connaît pas un régime venant l’encadrer de manière globale. Pourtant, des points de vue sociologique, idéologique et politique, l’idée de permettre au débiteur de soustraire certains biens du joug de ses créanciers a toujours été accueillie avec méfiance. Ainsi, la donation est-elle irrégulière lorsqu’elle est dépourvue d’intention libérale¹²⁵⁰ ; la société est considérée comme fictive dès lors que l’intention des personnes qui en sont à l’origine n’est pas celle de s’associer¹²⁵¹ ; la création d’un statut d’EIRL est inopposable aux créanciers lorsque son constituant ne publie pas l’affectation de son immeuble à sa nouvelle activité¹²⁵². Ces différentes règles tendent à un même objectif : empêcher un détournement des pouvoirs du propriétaire sur ses biens au détriment des tiers, et notamment des créanciers.

394. Incohérence des régimes existants. – Approcher ces différentes règles de manière unitaire répond de l’idée d’une théorie générale de l’universalité juridique. Par sa

¹²⁴⁹ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748, Flammarion 2008, coll. GF, p. 231.

¹²⁵⁰ Art. 894, C. Civ. ; Civ. 1^e, 14 févr. 1989, Bull. Civ. I, n°79.

¹²⁵¹ Art. 1832, C. Civ. : Com, 16 juin 1992, *D.* 1993, p. 508.

¹²⁵² Art. L.526-9, C. Com.

structure et sa fonction, celle-ci engendre nécessairement des conséquences importantes pour les créanciers. Pour cette raison, le législateur a prévu, pour chacune de ces masses, un régime de protection reposant sur des techniques d'information, d'opposabilité mais aussi sur des mécanismes de protection du droit substantiel des créanciers ou à travers des règles probatoires. Confronter ces différentes dispositions permet de dévoiler des incohérences, des contradictions ou des lacunes qu'il conviendra de combler.

395. Distinction des modes de protection selon l'universalité concernée. – L'étude des fondements de la protection des créanciers a permis de voir de véritables différences dans la vigueur avec laquelle l'universalité, selon qu'elle est parfaite ou imparfaite, porte atteinte au droit de gage général. Ce contraste ressurgit alors sur les modes de protection mis en place par le législateur : là où l'atteinte au droit de poursuite est moins forte, le souci de protection est moins urgent. C'est d'ailleurs ce qui explique les difficultés du droit français à encadrer l'universalité parfaite. Celle-ci permet une telle limitation de la responsabilité du débiteur qu'elle vient nécessairement contredire l'égalité des créanciers. Les règles existantes relatives au « patrimoine d'affectation » sont alors insuffisantes pour permettre une réelle protection des créanciers de l'universalité parfaite (*SECTION 1*). À l'inverse, les textes qui régissent les universalités imparfaites semblent satisfaisantes, tant d'un point de vue théorique que pratique. L'objectif n'est alors plus la recherche d'une protection, mais d'une cohérence d'ensemble, d'une unité (*SECTION 2*).

SECTION 1 – LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION DES CREANCIERS DE L'UNIVERSALITE PARFAITE

SECTION 2 – L'UNIFICATION DES REGLES DE PROTECTION DES CREANCIERS DE L'UNIVERSALITE IMPARFAITE

**SECTION I – LA RECHERCHE D’UNE PROTECTION DES CREANCIERS DE
L’UNIVERSALITE PARFAITE**

396. Le régime spécial des universalités parfaites. – Parce qu’elles portent une atteinte plus grande au droit de gage général des créanciers, les universalités parfaites appellent une protection plus forte des créanciers que celle mise en place pour les masses imparfaites. L’impossibilité pour le créancier d’un EIRL, par exemple, d’aller se servir dans le patrimoine légal de son cocontractant, là où le créancier indivis a accès aux biens personnels de son débiteur indivis, doit être compensée. Les moyens déjà mis en œuvre dans les régimes de ces ensembles universels, qualifiés de patrimoines affectés par le législateur, traduisent d’ailleurs cette nécessité d’une part et un semblant de tronc commun de règles d’autre part. Se dessinent alors un droit commun de l’universalité juridique mais aussi un droit spécial de l’universalité parfaite. La protection des créanciers dans ces situations semble pouvoir se dessiner selon deux axes : grâce à des mesures préventives, en amont (I) et des mesures curatives, en aval (II).

I. Une protection en amont : les mesures préventives

397. Information et protection. – La création d’une universalité de droit modifie des situations juridiques établies, elle vient réorganiser le patrimoine légal du débiteur et peut ainsi remettre en cause des droits acquis. Reposant sur une nouvelle affectation des biens, l’opération doit faire l’objet d’une information, laquelle n’est utile que si ses destinataires se voient offrir un moyen de s’opposer à la création de l’universalité ou de réaliser leurs droits (A). Parallèlement, la séparation des biens, créée par l’universalité parfaite, soulève la question de ceux qui sans la remettre en cause, se trouvent désavantager et exigent du débiteur un rétablissement du *statu quo ante*, c’est-à-dire d’une réunion ponctuelle des masses (B).

A. Une protection par l’inopposabilité

398. Le rôle des règles de publicité. – La notion de publicité en Droit renvoie à l’idée que « la loi, en vue d’assurer la sécurité du commerce juridique ou le crédit, soumet de nombreux actes juridiques à des mesures de publicité dont l’objet direct est de permettre aux

tiers intéressés d'avoir connaissance de ces actes et des droits qu'ils font naître.¹²⁵³ ». Les concepts de sécurité et d'information gouvernent ainsi la publicité dans le domaine juridique et représentent ses finalités immédiate et médiate; il s'agit d'informer pour sécuriser. Or les créanciers de l'universalité de droit semblent mériter davantage de protection lorsque le débiteur est libre d'affecter ses biens comme il l'entend et que cet acte de gestion est susceptible de porter une atteinte considérable à leur droit de poursuite. Mais comment justifier que cet acte de gestion – l'affectation d'un bien à la poursuite d'un nouvel intérêt – mérite davantage de faire l'objet d'une information qu'un autre ? Comme vu précédemment, l'isolement d'un intérêt distinct et la création consécutive d'un nouveau droit de poursuite doit faire l'objet d'un contrôle *a priori* : celui de la légitimité de l'intérêt fédérateur¹²⁵⁴. L'acte de création d'une universalité juridique parfaite n'est pas, contrairement à ce que pourraient laisser penser les dispositions relatives à l'EIRL, un acte déclaratif¹²⁵⁵. Constitutif d'un droit de poursuite spécial à l'égard des créanciers de la masse, l'acte ne concerne plus uniquement le rapport du propriétaire à sa chose mais il constitue également et surtout un cadre pour des relations futures avec des tiers. En d'autres termes, le débiteur, en créant une universalité spécifique, fait naître une nouvelle assiette dédiée aux poursuites de certains créanciers. C'est en ce sens qu'une publicité est nécessaire.

399. La recherche d'une unité parmi les universalités parfaites. – La protection par la publicité implique de déterminer quel est l'acte à publier. Or la constitution des différentes universalités parfaites, identifiées en droit positif, passe par des actes de nature différente ; acte unilatéral pour l'EIRL ou le navire, contrat pour la fiducie ou les fonds communs de placement ou de titrisation, ces instruments ne produisent pas, selon le droit commun, le même effet à l'égard des tiers. Si l'opposabilité de l'universalité emprunte le régime de l'acte qui en est l'instrument¹²⁵⁶, il ne devrait pas y avoir d'unité parmi les universalités parfaites. Il convient pourtant de constater que celles-ci sont toutes soumises au dépôt de l'acte constitutif à un registre spécialisé¹²⁵⁷. Dans un souci de cohérence, l'unité recherchée dans le régime des universalités de droit pourrait ainsi passer par la création d'un registre unique permettant de recenser, au besoin, tous les actes constitutifs d'un tel ensemble

¹²⁵³ M. A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ 1975, p. 203. L'auteure poursuit en distinguant la publicité de la solennité, l'une ne remettant pas nécessairement en cause la validité d'un acte, l'autre participant de son efficacité.

¹²⁵⁴ Cf. *supra* (n°274).

¹²⁵⁵ L'article L.526-7 du Code de commerce vise le dépôt d'une déclaration au registre concerné par la nouvelle activité.

¹²⁵⁶ Cf. *supra* (n°321 et s.).

¹²⁵⁷ V. par exemple art. L.526-7, C. Com pour l'EIRL ; art. 2019, C. Civ. pour la fiducie.

universel. L'avantage de celui-ci serait alors de permettre aux créanciers qui concluent un contrat avec un EIRL, un fiduciaire, une société de gestion ou un capitaine de navire, de vérifier l'existence de l'universalité et l'étendue de son droit de poursuite¹²⁵⁸.

400. La préservation des intérêts des créanciers antérieurs. – L'information des créanciers concernant la création d'une universalité parfaite n'a de sens que s'il leur est accordé un moyen d'agir pour préserver leurs droits. Or, en pareille situation, il est possible de reconnaître à ces créanciers un droit d'opposition comme il semble déjà exister dans certains régimes concernant les universalités. Il s'agit alors de rendre inopposable la séparation des masses. C'est ainsi que certains textes prévoient d'ores et déjà l'exercice d'un droit d'opposition aux créanciers dits antérieurs à la création d'une universalité. Ainsi l'ancien article L.526-12 du code de commerce, dans sa version d'origine, prévoyait-il que la déclaration d'affectation « est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers¹²⁵⁹ ». Malgré la suppression de cette disposition, cet exemple illustre parfaitement les difficultés que soulève la création de toute universalité parfaite. On peut d'ailleurs constater que la règle existe concernant la fusion ou scission des sociétés¹²⁶⁰. Le Conseil constitutionnel avait été saisi de la question de savoir si imposer une séparation des masses universelles aux titulaires de droits acquis n'était pas contraire à la Constitution¹²⁶¹. Plus exactement, l'argument défendu alors visait à considérer qu'en rendant la déclaration d'affectation des biens – acte constitutif de l'universalité parfaite – opposable à tous les créanciers, il était porté atteinte au droit de propriété des créanciers antérieurs¹²⁶². C'est donc à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité de l'article L.526-12 que la question de l'utilité d'un droit d'opposition a été soulevée. Toute l'opportunité de la création d'une universalité parfaite aurait été mise à

¹²⁵⁸ Un tel registre permettrait d'éviter des situations ambiguës où le créancier ne sait pas si tel événement affectant son débiteur concerne son patrimoine légal ou son universalité spécifique comme ce fut le cas dans plusieurs arrêts concernant l'EIRL : Com, 6 mars 2019, n° 17-26.605, *D.* 2019, p. 797, note V. LEGRAND ; *Rev. Sociétés* 2019, p. 421, obs. P. ROUSSEL-GALLE ; *RTD Com.* 2019, p. 479, obs. A. MARTIN-SERF ; Com, 23 oct. 2019, n° 18-19952, *D.* 2019, p. 2390, obs. V. LEGRAND.

¹²⁵⁹ L'article a été modifié par la loi du 9 décembre 2016 (loi n°2016-1691) et a supprimé cette idée d'opposabilité *erga omnes*, suppression regrettable car réduisant considérablement l'utilité de la création de l'universalité. On notera cependant que le texte se présente lui-même comme une exception aux articles 2284 et 2285 du Code civil. En ce sens, FR. ROUSSEL, « EIRL et droit du crédit et des sûretés – Financement », *in EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, LexisNexis-Litec 2011 (dir. FR. TERRÉ), p. 93 et s.

¹²⁶⁰ Art. L.236-14, C. Com.

¹²⁶¹ CC, 10 juin 2010, DC 2010-607.

¹²⁶² L'argument semblait ainsi reposer sur l'idée d'une propriété des créances qu'il fallait protéger dans la mesure où en diminuant l'assiette du droit de poursuite des créanciers, les chances de recouvrement de ces sommes seraient amoindries.

mal s'il fallait en rejeter l'opposabilité à tous. Mais un équilibre doit être trouvé pour préserver les intérêts de chacun, c'est en ce sens que le droit d'opposition joue un rôle clé dans la mise en œuvre de toute universalité parfaite. Il serait donc opportun de généraliser ce droit d'opposition et les modalités de son exercice. Ce n'est pourtant pas la direction prise par le législateur¹²⁶³.

401. La reconnaissance générale d'un droit d'opposition. – Le droit d'opposition trouve d'autres illustrations en droit positif, y compris concernant la création d'une universalité imparfaite. Le changement de régime matrimonial offre ainsi aux créanciers des époux la possibilité de s'opposer audit changement¹²⁶⁴. Les conditions de ce droit d'opposition trouvent des similitudes avec les anciennes règles de l'EIRL. Certaines dispositions actuelles vont également dans le sens d'un régime commun : l'article L.526-17 du Code de commerce prévoit, en cas de donation ou de cession entre vifs de l'intégralité des éléments de l'universalité, un droit d'opposition aux créanciers antérieurs dans un délai d'un mois¹²⁶⁵ là où l'opposition des créanciers des époux est enfermée dans un délai de trois mois¹²⁶⁶. Enfermé dans un laps de temps déterminé, il s'agit de permettre à l'acte constitutif de l'universalité de pouvoir exister, à l'égard de tous, une fois le délai passé. Deux enseignements doivent être tirés de la lecture de ces dispositions : d'une part, publicité et opposabilité sont étroitement liées¹²⁶⁷. D'autre part, l'action en inopposabilité ne doit être ouverte qu'aux créanciers antérieurs et dans un temps limité, de sorte que la sanction de l'inopposabilité vise nécessairement la protection d'un droit individuel ; autrement dit, la protection ici recherchée n'est que relative et concerne seulement ceux dont les droits sont mis en danger.

402. L'inopposabilité résultant du droit d'opposition. – L'inopposabilité est traditionnellement définie, depuis les travaux de BASTIAN, comme « l'inefficacité au regard

¹²⁶³ Le droit d'opposition a été supprimé et ne s'applique plus pour la création d'un EIRL depuis le 9 décembre 2016. L'acte constitutif n'étant désormais plus opposable aux créanciers antérieurs, le droit d'opposition n'a plus lieu d'être. L'acte constitutif n'a donc d'effet que pour l'avenir. Faut-il pour autant supprimer le droit d'opposition ? La modification de l'assiette de leur droit de gage général ne justifie-t-il pas le maintien de cette protection ?

¹²⁶⁴ L'article 1397 du Code civil dispose en son troisième alinéa que « les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis sur un support habilité à recevoir des annonces légales dans le département du domicile des époux. Chacun peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication. ».

¹²⁶⁵ Art. R.526-14, C. Com.

¹²⁶⁶ Art. 1397, C. Civ.

¹²⁶⁷ Ce qui va dans le sens de la mise en place d'un système de publicité efficace des universalités juridiques : cf. supra. En ce sens, M. FALAISE, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité », *LPA* 1997/103, p. 5 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, *ibid.*

des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique¹²⁶⁸ ». Si elle permet de rendre inefficace un acte juridique à l'égard de la personne qui agit, l'inopposabilité doit permettre, en théorie, de maintenir l'acte dans toute son efficacité entre les parties. Cette analyse de l'inopposabilité semble se concentrer sur les effets de cette sanction sur les contrats irréguliers. Mais qu'en est-il des actes unilatéraux ? L'un des traits essentiels de l'inopposabilité réside dans le caractère personnel de son effet puisque seul celui qui agit peut en bénéficier¹²⁶⁹. Du point de vue de l'universalité juridique, l'acte constitutif peut prendre la forme d'un contrat, comme pour la fiducie, ou d'un acte unilatéral, comme pour l'EIRL ou la société unipersonnelle. Dans ces cas, les créanciers du constituant peuvent agir sur le fondement du droit commun via l'action paulienne. Celle-ci permettra, si la fraude est admise, de rendre l'acte constitutif inopposable aux créanciers agissants, laissant l'universalité parfaite inchangée à l'égard des autres. Une question demeure alors ? *Quid* de ceux qui ne parviennent pas à prouver la fraude ? Malgré l'élargissement du domaine de l'action paulienne, notamment quant à la condition de fraude, il faut noter que le constituant d'une universalité de droit a nécessairement conscience de la réduction du gage de ses créanciers lors de la création de l'ensemble universel puisque c'est précisément l'objectif poursuivi par l'opération. Mais il serait curieux de lui retirer d'une main, ce que la loi lui offre de l'autre. Faut-il alors exclure l'exercice d'une action paulienne ?

403. Le recours à une action paulienne simplifiée. – De prime abord, il serait tentant de penser que l'action paulienne est un cadre inapproprié pour rendre inopposable l'acte constitutif d'une universalité parfaite. D'une part, l'inopposabilité recherchée ne sanctionnerait pas une fraude à prouver mais une fraude présumée ; d'autre part, l'action paulienne doit être dirigée contre le tiers avec qui le débiteur a conclu l'acte litigieux. Or l'universalité parfaite passe souvent par un acte accompli par le débiteur seul. Une dissociation s'impose alors entre l'action en inopposabilité proposée et le régime de droit commun de l'action paulienne. Exiger du créancier lésé, la preuve de la connaissance, par le débiteur, du préjudice causé n'aurait pas de sens puisque ce dernier a nécessairement connaissance¹²⁷⁰ de ses capacités financières au moment où il crée son universalité. Par

¹²⁶⁸ D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey 1929, Paris, p. 3 ; C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace*, th. Paris 1, 2017, n°218 et s., p. 133 et s. ; v. contra. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau 1909, spéc. p. 25 et s.

¹²⁶⁹ L'article 1341-2 du Code civil va d'ailleurs en ce sens puisqu'il oppose l'action paulienne (en inopposabilité) à l'action oblique par le fait que « le créancier agit en son nom personnel ».

¹²⁷⁰ La Cour de cassation a, de longue date, décidé que « la fraude paulienne n'implique pas nécessairement l'intention de nuire ; elle résulte de la seule connaissance que le débiteur et son cocontractant à titre onéreux

ailleurs, l'indétermination de l'assiette du droit de gage général empêche le créancier d'avoir un intérêt à agir si l'acte attaqué ne concerne qu'un des nombreux biens du débiteur et que celui-ci est tout à fait en mesure de payer sa dette. Pourtant, la jurisprudence a pallié à cette gêne en élargissant le domaine de l'action paulienne : la preuve de la fraude n'est alors plus nécessaire si un préjudice est prouvé. Partant, agir en inopposabilité sur le fondement de l'action paulienne devrait être possible sous réserve d'apporter deux adaptations à son régime : d'une part, la fraude du débiteur devrait être présumée¹²⁷¹ dès lors que le créancier subit un préjudice du seul fait de la création de l'universalité juridique, le préjudice ne pouvant résider dans la seule modification de l'assiette de son droit de gage général ; il faut alors caractériser le préjudice subi. D'autre part, la condition de complicité du tiers ne devrait pas ici avoir sa place dans la mesure où, pour beaucoup d'universalités parfaites, l'acte constitutif est unilatéral. Demeure alors la question de la fiducie, créée par contrat ; faut-il que le fiduciaire ait été complice de la fraude ? La question se pose d'autant plus lorsque le fiduciaire est rémunéré pour sa mission, ce qui semble être le cas dans la plupart des situations.

404. L'application au contrat de fiducie. – La question est en réalité délicate car elle n'oppose plus les intérêts du créancier à ceux du débiteur mais à ceux d'un tiers, lequel peut être de bonne foi au moment de la conclusion de l'acte frauduleux. La condition de complicité traditionnellement imposée pour l'exercice de l'action paulienne disparaît face à la gratuité de l'acte. Appliqué à la fiducie, ce critère permettrait de créer trois régimes distincts selon l'acte créateur de l'universalité : s'il s'agit d'un acte unilatéral, la condition de complicité disparaît, il en irait de même si l'universalité est créée par un contrat gratuit, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le fiduciaire n'est pas rémunéré pour sa mission. La condition de complicité reviendrait en revanche dans le cas où la fiducie est conclue à titre onéreux. Si au premier abord, rien ne s'oppose à cette distinction, il convient de rappeler d'une part, les dangers que représente la création de toute universalité parfaite, à savoir la nécessaire limitation de responsabilité à laquelle cette technique aboutit. D'autre part, il faut remarquer que l'article 2015 ne permet qu'aux établissements de crédit et aux avocats d'avoir la qualité de fiduciaire. En ce sens, imposer à ces derniers de vérifier que l'opération ne porte

ont du préjudice causé au créancier par l'acte litigieux » : Civ. 1^{er}, 29 mai 1985, Bull. Civ. I, n°163 ; Civ. 1^{er}, 14 févr. 1995, *D.* 1996, note AGOSTINI.

¹²⁷¹ Il ne s'agit pas tant de présumer la fraude que d'inverser la charge de la preuve : il reviendrait alors au débiteur de prouver l'existence d'un intérêt distinct plutôt qu'au créancier de prouver l'intention frauduleuse de son débiteur.

pas d'atteinte aux créanciers semble compatible avec l'adaptation du régime de l'action paulienne à la création des universalités parfaites. Cumulée aux conditions formelles de publicité vues précédemment, la disparition de la condition de complicité semble ainsi pouvoir être généralisée à la création de toutes les universalités parfaites. Par dérogation au nouvel article 1341-2 du Code civil, il faudrait donc permettre au créancier qui parvient à prouver que la création de l'universalité parfaite lui cause un préjudice, d'agir en inopposabilité sur le fondement d'une action paulienne simplifiée¹²⁷². Pour résumer, celle-ci correspondrait à l'action, dirigée contre le débiteur¹²⁷³, par laquelle le créancier qui a subi un préjudice du fait de la création d'une universalité de droit, peut en demander l'inopposabilité.

B. Une protection substantielle

405. La publication d'un capital affecté. – À l'image de la société, la création d'une universalité parfaite vise à parvenir à une autonomie patrimoniale certaine. En ce sens, il aurait été opportun d'imposer, comme pour les sociétés anonymes, un capital social minimum. Un débiteur peut d'ailleurs difficilement créer une universalité parfaite par le biais d'une affectation s'il n'a rien à affecter. Pourtant, l'idée d'un capital de départ minimal doit être rejetée. En effet, comme pour les sociétés à responsabilité limitée, « l'apport » en numéraire ou l'apport d'un bien peut n'être que symbolique tant que l'apport en industrie suffit à justifier la création de la forme sociale. Par ailleurs, la sous-capitalisation peut être imputée aux associés promoteurs de la société. Il faut donc permettre la création des universalités juridiques sur le fondement d'un capital social (quelque chose à affecter) sans imposer de seuil minimal¹²⁷⁴. Quelles sont alors les garanties que le législateur pourrait mettre en place ? Le capital social a longtemps eu pour fonction, outre celle de financement, de constituer le gage général des créanciers de la société¹²⁷⁵. Ce rôle a néanmoins perdu en vigueur et le capital social ne sert en pratique qu'à déterminer les apports et les droits correspondants de chacun des associés. La fonction de garantie, fortement affaiblie n'a cependant pas disparue. Le principe de fixité et d'intangibilité du capital social permet ainsi

¹²⁷² Les autres conditions de l'action paulienne doivent, à notre sens, être maintenues, notamment celles concernant les caractères de la créance.

¹²⁷³ Ici encore, il serait possible d'admettre que l'action puisse être dirigée contre le débiteur constituant y compris dans le cas de la fiducie, ce qui serait une autre dérogation au régime traditionnelle de cette action.

¹²⁷⁴ La loi PACTE n°2019-486 du 22 mai 2019 a ajouté un deuxième alinéa à l'article L.526-8 en permettant à l'EIRL de n'affecter aucun bien à son activité. L'ajout est critiquable et doit être supprimé car une fois de plus la création d'une universalité de droit passe par une affectation, il faut donc avoir un bien à affecter : en ce sens, D. GUÉVEL, « L'encouragement légal de l'irresponsabilité entrepreneuriale », *D.* 2019, p. 2345.

¹²⁷⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2019, n°552, p. 241.

d'imposer aux associés d'une société de capitaux de faire en sorte que les pertes d'actifs n'excèdent pas la moitié des capitaux propres, sous peine de dissolution¹²⁷⁶. Il serait ainsi possible de s'inspirer de ces règles et édifier un principe d'intangibilité du capital affecté dans une universalité spécifique. Pour l'EIRL, la fiducie ou le fonds maritime, il serait alors opportun d'établir une liste des biens qui ne peuvent être retirés de l'universalité avant sa liquidation¹²⁷⁷. À ce titre, il faut noter que les dispositions du Code de commerce laissent déjà sous-entendre l'existence de cette intangibilité pour l'EIRL¹²⁷⁸ ; il faut donc la généraliser aux autres universalités parfaites.

406. La question de la garantie conventionnelle entre universalités d'un même titulaire. – La création d'une universalité parfaite est, comme toute opération permettant la mise en place d'une autonomie patrimoniale, susceptible de faire l'objet d'abus. La fictivité des sociétés ou la confusion des patrimoines en droit des sociétés en atteste. Il est donc légitime de penser qu'une telle opération offre à certains le moyen de réaliser une fraude, notamment concernant les universalités parfaites qui sont l'initiative d'une seule personne. Il est donc légitime en pratique que les nouveaux créanciers exigent de leur débiteur, une garantie sur les biens non affectés à l'intérêt poursuivi grâce à la masse universelle. La question s'est donc posée en doctrine de savoir si un entrepreneur individuel pouvait garantir ses dettes professionnelles avec ses biens personnels et inversement. Le régime des sûretés actuel ne permet pas de consentir de telles garanties conventionnelles. En effet, la sûreté réelle telle qu'elle a été conçue dans le code de 1804 ne permet que de spécialiser la corrélation entre un élément d'actif et un élément de passif au sein d'un unique patrimoine. À l'inverse, la sûreté personnelle permettait au créancier de bénéficier d'un nouveau débiteur. Est ensuite apparue la sûreté réelle pour autrui, encore appelée parfois cautionnement réel. Or aucune de ces catégories ne permet de rendre compte des éventuelles sûretés que peut prendre le titulaire d'une universalité parfaite pour garantir une dette dépendant de son

¹²⁷⁶ Art. L.223-42, C. Com. et art. L.225-248, C. Com.

¹²⁷⁷ Il convient de noter ici que l'entrée ou la sortie d'un « associé » engendrerait donc respectivement la transformation en société pluripersonnelle (*cf. infra* : n°548) ou la fin de l'universalité juridique (*cf. infra* : n°551).

¹²⁷⁸ Les articles L.526-8 et s. du Code de commerce imposent un état descriptif du « patrimoine affecté » de l'entrepreneur individuel et les comptes annuels de l'activité doivent faire l'objet d'un nouveau dépôt en annexe de l'acte constitutif : art. L.526-14, C. Com. Par ailleurs, l'acte constitutif en question contient les biens nécessaires à l'activité de l'entrepreneur et la condition de nécessité sous-entend une intangibilité de la composition active de la masse : art. L.526-6, C. Com.

Rien ne devrait empêcher en revanche, la constitution d'un EIRL ou d'une fiducie composée d'un bien unique d'une valeur moindre. En effet, il existe des sociétés unipersonnelles dont le capital social peut n'être que d'un euro (comme l'EURL par exemple).

patrimoine légal ou de ladite universalité. Deux questions se posent alors : celle de la sûreté réelle constituée sur un bien dépendant d'une universalité de droit en garantie d'une dette dépendant d'un autre ensemble universel et celle, par ailleurs, de « l'auto-cautionnement¹²⁷⁹ ».

407. Sûreté réelle pour son autre universalité : la sûreté réelle exogène¹²⁸⁰. – La constitution d'une sûreté réelle correspondrait à l'affectation spéciale d'un bien déterminé se trouvant dans le patrimoine personnel au profit d'une dette relevant de l'universalité spéciale ou inversement¹²⁸¹. L'accent doit être mis ici sur le caractère déterminé du bien puisqu'il ne s'agit pas de défaire entièrement la cloison créée par la création de l'universalité parfaite. La doctrine s'est interrogée sur la pertinence d'une telle sûreté et beaucoup militent en faveur de son autorisation¹²⁸². Plusieurs arguments vont en ce sens. D'abord, il faut noter que, malgré les nombreuses retouches au régime de l'EIRL, le législateur a choisi de rester silencieux sur cette question. Par ailleurs, le principe de spécialité des sûretés réelles ne s'oppose pas à la constitution d'une telle sûreté ; la spécialité de l'assiette – c'est-à-dire la détermination du bien – accompagnée de la spécialité de la dette – donc la détermination de l'obligation garantie, ne s'oppose pas à ce que le bien et la dette relèvent de deux universalités différentes¹²⁸³, c'est ce qui a permis le développement du cautionnement réel¹²⁸⁴, c'est ce qui doit autoriser la constitution de sûretés exogènes¹²⁸⁵. Appliquée aux autres universalités parfaites, rien ne devrait donc empêcher le constituant, voire le fiduciaire, d'offrir en garantie d'une dette de la masse fiduciaire, un bien dépendant de leur patrimoine légal respectif. De

¹²⁷⁹ Expression du Pr. FR. PÉROCHON, *in* « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre. La validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie de dettes de l'autre patrimoine », *Rev. Proc. Coll.* 2011/2, dossier 25.

¹²⁸⁰ Expression de Me E. DUBUISSON, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec Carré Droit 2010, n°142, p. 50.

¹²⁸¹ Il convient de garder à l'esprit que le raisonnement, fondé sur les débats doctrinaux relatifs à l'EIRL, sont applicables à toutes les universalités parfaites.

¹²⁸² E. DUBUISSON, *op. cit.*, n°139 et s., p. 49 et s. ; S. PIEDELÈVRE, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Defrénois* 2010, art. 39134, p. 1417 et s. ; S. SCHILLER, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté », *Dr. & Patrim.* 2010, n°191, p. 88 ; F. MACORIG-VENIER, « Observations sur l'EIRL et les sûretés », *BJS* 2011/3, p. 253 et s. FR. PÉROCHON, *art. préc.* ; FR. ROUSSEL, « EIRL et droit du crédit et des sûretés – Le financement », *in EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, (dir. FR. TERRÉ), LexisNexis-Litec 2011, p. 93 et s., spéc. n°255 et s., p. 108 et s.

¹²⁸³ Le Professeur CROCO écrivait ainsi que « l'application du principe de spécialité des sûretés réelles ne requiert que l'indication des éléments permettant une déterminabilité suffisante dans le cas de biens grevés futurs ou de créances garanties futures » : P. CROCO, *Chronique – Droit des sûretés*, *D.* 2012, p. 1573 et s.

¹²⁸⁴ F.GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167 ; J.J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, th. Paris II, 2006 ; J. MESTRE, E. PUTMAN M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit spécial des sûretés, réelles*, n°546 et s., p. 7 et s.

¹²⁸⁵ En ce sens, E. DUBUISSON, *ibid.* ; S. SCHILLER, *ibid.* ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2018, n°457, p. 452-454.

la même manière, l'armateur devrait pouvoir garantir sur un bien personnel, une dette née de l'exploitation de son navire¹²⁸⁶.

408. Sûreté personnelle pour son autre universalité : l'auto-cautionnement. – La question de l'auto-cautionnement renvoie en réalité à l'idée d'une renonciation *in favorem* à la séparation des patrimoines qu'offre, en théorie, toute création d'une universalité parfaite. Si la constitution d'une sûreté réelle exogène constitue également une exception à la séparation des universalités, il convient de noter que l'opération est ponctuelle, elle ne concerne par ailleurs qu'un seul bien et ne profite, en principe, qu'à un seul créancier (sauf hypothèse d'une recharge)¹²⁸⁷. À l'inverse, l'auto-cautionnement constituerait une dérogation à l'étanchéité de principe des masses universelles sans identification du bien grevé, au profit d'un seul créancier. L'admettre permettrait d'améliorer le crédit du titulaire de l'universalité car, comme pour les dirigeants de sociétés, les prêteurs n'acceptent de verser les sommes que si le remboursement est garanti par un autre patrimoine. Est-il pourtant opportun de revenir sur la séparation des masses pourtant recherchée par la création de l'universalité ? Il est permis d'en douter car là où la spécialité de l'assiette de la sûreté réelle – qu'elle soit exogène ou non – permet des dérogations ponctuelles et limitées à la séparation des masses, le caractère général d'un « auto-cautionnement » vide la technique de l'universalité de droit de son sens car l'admettre reviendrait à reprendre d'une main, ce qui est offert de l'autre. La limitation de responsabilité offerte par la séparation complète de la masse spécifique vis-à-vis du patrimoine, tomberait immédiatement et souvent, avant même qu'une quelconque activité ait pu commencer. Il faut enfin noter que, souvent, la création d'une universalité de droit, répond à un besoin, chez le constituant, de limiter sa responsabilité pour investir une partie de ses biens dans une activité sans prendre trop de risque. S'il faut, pour obtenir du crédit, renoncer à cette limitation des risques, il n'est alors plus utile de créer une universalité spécifique. L'admettre reviendrait à offrir aux

¹²⁸⁶ C'est ce que laisse entendre l'article L.5121-9 du Code des transports qui offre la possibilité à l'armateur de demander la mainlevée des saisies effectuées sur les biens qui n'ont pas été placés dans l'universalité de droit mettant en œuvre la limitation de sa responsabilité. *A contrario*, lorsque l'armateur n'en fait pas la demande, il accepte de supprimer l'exclusivité de la corrélation entre actif et passif du fonds de limitation. De la sorte, il autorise ponctuellement le paiement d'une dette du fonds à l'aide d'un de ses biens personnels.

¹²⁸⁷ La remarque vaut également pour la renonciation à la déclaration notariée d'insaisissabilité. En effet, celle-ci permet à tout entrepreneur de mettre à l'abri tout immeuble lui appartenant. Il peut néanmoins ponctuellement renoncer à une telle protection au profit d'un seul créancier. Mais ici, comme pour la sûreté réelle, le bien qui redevient saisissable est identifié, ce qui revient à permettre la constitution d'une sûreté réelle exogène.

établissements de crédits un moyen de pression supplémentaire sur un entrepreneur qui est déjà dans une position difficile.

409. Les obstacles techniques à l'auto-cautionnement. – L'article 2288 du Code civil définit le cautionnement comme l'engagement personnel d'un tiers en garantie de la dette d'un débiteur principal. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a par ailleurs clairement énoncé que « celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution¹²⁸⁸ ». Au-delà de cette condition d'altérité, caractéristique des sûretés personnelles, et de l'inadaptation du régime qui en découle, il faut également noter que le cautionnement pour soi-même n'est pas bienvenu dès lors que la séparation universalités imposerait un recours en remboursement d'une masse à une autre¹²⁸⁹. Source de complications et d'éventuelles fraudes, il serait donc préférable d'interdire toute forme de renonciation ponctuelle à la séparation des masses universelles¹²⁹⁰.

410. L'opportunité d'une garantie de passif à la constitution de l'universalité ? – Contrairement au régime de l'EIRL, le législateur a prévu un droit de poursuite subsidiaire dans celui de la fiducie. Ainsi, aux termes de l'article 2025, al. 2 du Code civil, « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage de ces créanciers – ceux de la fiducie –, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie (...) ». Le caractère subsidiaire des poursuites ici imposé permet de préserver, de façon théorique, un semblant de séparation entre les universalités juridiques¹²⁹¹. Semblable à l'auto-cautionnement, cette disposition permet au créancier, en cas de défaillance du débiteur fiduciaire, de chercher le paiement de sa créance auprès d'un autre débiteur et de poursuivre les biens d'un autre patrimoine. Il semble donc curieux de refuser pour l'une des universalités de droit ce qui est expressément prévu pour l'autre. Il faut cependant noter que les

¹²⁸⁸ Com, 28 avril 1964, Bull. Civ. IV, n°215.

¹²⁸⁹ Il faut noter également que le projet de réforme du droit des sûretés reste silencieux sur la question. La définition qu'il offre du cautionnement, proche de la définition traditionnelle, suggère un refus de créer une telle sûreté.

¹²⁹⁰ En ce sens, S. SCHILLER, *ibid.* ; B. SAINTOURENS, « L'EIRL – Commentaire de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 », *Rev. Sociétés* 2010, p. 351 et s. ; B. DONDERO, « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné », *JCP G* 2010, n°25, p. 679 ; S. CABRILLAC, « EIRL et sûretés personnelles : fautes de grives, on mange des merles, *Cahiers de droit de l'entreprise* 2011 n°3, dossier 16 ; PH. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP G* 2011, n°4, p. 11 ; V. BONNET, « Les sûretés et l'EIRL », *JCP N* 2012, n°40, 1338 ; A. Guesmi, « EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives », *D.* 2011, p. 104 et s.

V. *contra* FR. PÉROCHON, *ibid.* ; N. JULIAN, *op. cit.*, n°460 et s., p. 456 et s. ; M. MIGNOT, « L'EIRL et les sûretés », *RRJ* 2011, n°3, p. 1455 et s. ; A. AYNÈS, « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011, p. 86 et s. ; N. BORGIA, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJ Entreprises en difficultés* 2001, p. 76 et s. ; V. LEGRAND, « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable », *LPA* 2011, n°200, p. 4.

¹²⁹¹ Cf. *supra* (n°369 et n°388).

incompatibilités entre le régime du cautionnement et l'individualité du titulaire des universalités tombent ici. Le fiduciaire et le constituant étant deux personnes distinctes, les débats relatifs à l'auto-cautionnement de l'EIRL n'ont pas lieu d'être. Il paraît néanmoins tout aussi curieux de remettre en cause la séparation des masses sur le seul fondement d'une insuffisance d'actifs constatée dans le patrimoine fiduciaire. Il faudrait donc en réalité supprimer cette disposition ou, du moins, en renforcer les conditions. La réunion des universalités ne devrait pas résulter du seul constat de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire¹²⁹². Elle devrait se présenter davantage comme une sanction, c'est-à-dire comme un moyen, non plus préventif mais curatif de protection des créanciers.

II. La protection en aval : les mesures curatives

411. Une protection curative des créanciers. – Créée par une affectation des biens à la poursuite d'un intérêt identifié, l'universalité de droit doit permettre aux créanciers d'accéder aux biens du débiteur lorsque celui-ci manque au paiement de sa créance. Pour ce faire, plusieurs éléments doivent être pris en compte car l'accès d'une personne aux biens d'autrui passe par la recherche d'un équilibre entre le droit de l'exécution et le droit comptable d'un côté et le respect de la vie privée ainsi que la liberté de gérer ses biens de l'autre. Parvenir à cet équilibre implique de rechercher les moyens offerts par le législateur pour satisfaire les intérêts du créancier sans porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés du débiteur. La distinction entre les garanties dont bénéficient les créanciers en amont et en aval repose sur la situation envisagée. Il ne s'agit plus de trouver un moyen de rassurer le créancier, de le convaincre qu'il sera sûrement payé ; au contraire, le créancier a déjà conclu l'obligation avec le titulaire de l'universalité et cherche un moyen d'obtenir l'exécution forcée de sa créance. L'accès aux biens qui se situent dans une universalité parfaite dépasse également la question de la qualité à agir du créancier. Celle-ci n'est pas en cause et il faut alors partir de l'idée que le bien-fondé de son droit n'est pas discuté et que la dette est effectivement née de la poursuite de l'intérêt fédérateur de l'ensemble universel. Une fois l'universalité créée, le débiteur voit ses centres d'intérêt divisés, compartimentés. La distinction des droits de poursuite de chaque catégorie de créanciers est alors, en principe, nettement affirmée. L'opposabilité de l'acte constitutif de l'universalité permet d'assoir cette dissociation des biens et des dettes. Mais parce que le débiteur est libre de créer une

¹²⁹² En ce sens, FR. BARRIÈRE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, 2053, n°24 ; du même auteur, *La réception du trust au travers de la fiducie*, *Economica* 2004, n°607, p. 473.

universalité de droit, il est également susceptible d'en abuser. C'est pourquoi il est nécessaire d'assurer la division des masses de la manière la plus transparente possible et de permettre au créancier d'agir face à un débiteur qui instrumentalise la technique universelle pour ne pas payer ses dettes. Deux objectifs résultent de cette analyse : sanctionner l'abus (A) et garantir l'accès aux biens (B).

A. La sanction de l'abus : la réunion des masses

412. Le respect des obligations comptables et fiscales. – Pour pouvoir agir sur les biens de son débiteur malgré la séparation des masses de biens et de dettes, le créancier doit pouvoir identifier les biens de son débiteur d'une part et surtout ceux sur lesquels il peut agir d'autre part. Le droit comptable offre ici une solution adéquate. Destinée à permettre une meilleure gestion de l'entreprise¹²⁹³, la comptabilité a toujours eu un rôle d'information et de contrôle¹²⁹⁴. Néanmoins, la vision comptable et la vision juridique de l'universalité sont distinctes et ce que le Droit a longtemps refusé, la comptabilité l'a très vite admis¹²⁹⁵. Le patrimoine et, plus largement, l'universalité ne peuvent et ne doivent pas correspondre à une description instantanée des capacités financières de leur titulaire. Nous avons constaté qu'une approche statique de la masse n'est pas appropriée dans la mesure où, libérée des contingences temporelles, l'universalité est une abstraction qui a vocation à évoluer ; c'est une potentialité plus qu'un état¹²⁹⁶. Le bilan comptable et, plus généralement, les comptes annuels sont précisément une description prospective de ces mêmes capacités. Or le caractère public de ces comptes est le premier élément permettant aux tiers, notamment aux créanciers, de s'immiscer dans la gestion de l'ensemble universel. Ce premier regard sur l'état financier du débiteur permet au créancier de savoir si des aménagements conventionnels sont nécessaires (tels des prorogations de délai, des remises de dettes, des éventuelles compensations, un échelonnement des paiements, etc...). En ce sens, la généralisation des

¹²⁹³ Il est nécessaire de garder à l'esprit que si le Droit n'encadre actuellement que la comptabilité des entreprises, il s'agit ici d'envisager une extension des règles comptables à toutes les universalités parfaites, ce qui implique l'introduction en droit civil, d'un aspect comptable pour le moment inexistant.

¹²⁹⁴ En ce sens, M. PÉDAMON & H. KENFACK, *Droit commercial*, Précis Dalloz 2015, n°190, p. 176.

¹²⁹⁵ Un auteur écrit ainsi que « le patrimoine est une constatation instantanée et actuelle ; mais la situation actuelle est considérée comme l'aboutissement d'une histoire passée (... à l'inverse) un bilan purement économique serait entièrement tourné vers l'avenir et destiné à guider les décisions des dirigeants. Il est considéré comme un auxiliaire du compte de résultat et ne décrit la situation actuelle que dans la mesure où elle conditionne l'activité et les résultats futurs » : P. LASSÈGUE, « Comment un être juridique est transformé par sa mesure : du patrimoine au bilan prospectif », in *Mélanges L. BOYER*, PU Toulouse 1996, p. 333 et s. On notera également que l'entreprise est, depuis longtemps, considérée comme un patrimoine d'affectation en droit fiscal.

¹²⁹⁶ Cf. *supra* (n°150 et s.).

obligations comptables qui pèsent sur les commerçants est nécessaire. Il peut ainsi être mis en place un système de comptabilité similaire et applicable tant aux fiduciaires qui agit pour le compte de la fiducie¹²⁹⁷ que pour l'EIRL ou la société de gestion qui gère un fonds commun de titrisation¹²⁹⁸. Au final, la comptabilité sert à assurer une séparation budgétaire des masses universelles et une véritable transparence dans la capacité d'endettement du titulaire.

413. La sanction de la violation des obligations comptables. – Les textes relatifs à l'EIRL prévoient déjà une sanction en cas de violation des règles comptables, notamment en période de procédures collectives. Ainsi, l'article L.621-2, alinéa 3 du Code de commerce prévoit-il l'extension de procédure en cas de confusion des masses, de fraude à l'égard des créanciers, ou de violation des règles comptables imposées par les articles L.526-13 et L.526-6 du Code de commerce. En définitive, le constituant se retrouve tenu sur l'intégralité de ses biens à l'égard de tous ses créanciers toutes les fois où il est soupçonné d'avoir instrumentaliser la technique universelle pour limiter sa responsabilité sans véritablement avoir un intérêt spécifique justifiant la création d'une universalité juridique. À l'image du droit des sociétés sanctionnant une instrumentalisation de la technique sociétaire pour échapper à certaines poursuites, l'idée est ici de tirer les conséquences d'une véritable confusion des masses. Il convient alors de se demander si un parallèle est réellement possible.

414. Le domaine de la réunion des masses. – L'hypothèse d'une réunion des masses viendrait, en théorie, sanctionner la création frauduleuse d'une universalité parfaite. Au-delà des problèmes de preuve, la question est alors de savoir si un manquement à une comptabilité séparée suffit pour déduire l'inexistence de cet intérêt spécifique. L'universalité, en tant que masse de biens et de dettes, est une abstraction comptable. Libérée du temps, sa composition n'est jamais fixe car toute nouvelle opération vient modifier la balance entre actif et passif¹²⁹⁹. Or l'une des fonctions attribuées aux comptes annuels et au bilan consiste non seulement à évaluer la santé d'une entreprise mais également à anticiper des mouvements futurs. Pour cette unique raison, l'absence totale d'une comptabilité séparée empêche de déterminer clairement la séparation des masses et doit donc conduire à présumer de la fictivité de l'universalité de droit et, surtout, de l'intérêt qui est censé la fédérer. Il faut admettre alors

¹²⁹⁷ Cette proposition n'est pas nouvelle et avait déjà été suggérée par d'autres : A. PRÜM & CL. WITZ, « La nouvelle fiducie luxembourgeoise », in *Trust et fiducie – La convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Montchrestien 20005, p. 13 et s. ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2007, n°1050 et s., p. 473 et s.

¹²⁹⁸ Les organismes de placements collectifs sont d'ores et déjà soumis à une comptabilité stricte fixée par les articles L.214-33 et s. du Code Monétaire et Financier.

¹²⁹⁹ Cf. *supra* (n°162).

que deux situations sont ici possibles : celle où l'obligation d'une comptabilité séparée n'a jamais été respectée et celle où, existant à l'origine, elle a disparue¹³⁰⁰ ou n'était qu'apparente. Le premier cas doit être apprécié comme l'élément matériel constitutif d'une fraude. L'absence totale d'une comptabilité séparée permet d'attester de la mauvaise foi du constituant qui ne cherche pas à mettre en œuvre tous les moyens possibles pour isoler un de ses centres d'intérêt¹³⁰¹. Les deux situations suivantes sont en revanche plus difficiles à appréhender.

415. Les difficultés pour apprécier la confusion des masses. – Pour répondre à ce problème, il peut être approprié de s'inspirer des procédures collectives. L'extension de procédure, consécutive à une confusion des patrimoines, appelle des adaptations liées aux particularités de l'universalité juridique. L'appréciation de la confusion des patrimoines est en principe faite *in concreto* et résulte d'un faisceau d'indices. Mais cette appréciation n'est pas souveraine et la Cour de cassation exerce un véritable contrôle sur la qualification de la confusion des patrimoines¹³⁰². Pour autant, la jurisprudence contemporaine semble se fonder sur des critères qui peuvent être identifiés et les juges retiennent souvent la confusion lorsqu'ils constatent des « flux financiers anormaux¹³⁰³ » résultant la plupart du temps de l'absence de contrepartie¹³⁰⁴ et traduisant parfois un « état d'imbrication inextricable¹³⁰⁵ ». C'est sans doute sur le caractère anormal des opérations qu'il convient d'apporter une adaptation. L'extension de procédure d'une société à une autre s'explique par l'idée que les deux personnes morales poursuivent normalement un intérêt qui leur est propre. Il est donc légitime de considérer un mouvement de valeur, d'un patrimoine à un autre et sans contrepartie, comme étant suspicieux – quoiqu'insuffisant à lui seul pour retenir la confusion

¹³⁰⁰ L'idée repose ici sur un rapprochement respectif avec la confusion de patrimoine et la fictivité des sociétés, deux situations qui peuvent engendrer une extension de la procédure collective d'une personne à une autre en vertu des articles L.621-2, C. Com. En ce sens, certains considèrent que « la confusion des patrimoines comme la fictivité sont des négations de la personnalité juridique, soit que l'autonomie patrimonial qu'elle engendre n'ait pas été respectée (en cas de confusion), soit qu'elle n'ait jamais existée (dans l'hypothèse de la fictivité) » : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, coll. Domat 2014, n°442, p. 264.

¹³⁰¹ La Cour de cassation a d'ailleurs déjà appliqué la réunion des masses aux hypothèses de violation *ab initio* des formalités dans la constitution de l'EIRL : Com, 7 févr. 2018, n°16-24481, D. 2018, p. 292, note A. LIENHARD.

¹³⁰² V. TRICOT, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », *Rapport C. Cass.* 1998, p. 165 ; PH. DELMOTTE, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation – Panorama de jurisprudence 1998-2006 », *RJDA* 2006/06, p. 539 et s.

¹³⁰³ Com, 10 juill. 2012, n°11-18973

¹³⁰⁴ Com, 5 juill. 2005, *RJDA* 2006/00, n°666 ; Com, 30 sept. 2008, n°07-16255 ; Com, 8 janv. 2013, n°11-30640.

¹³⁰⁵ Com, 24 oct. 1995, *RJDA* 1996/02, n°266.

des patrimoines¹³⁰⁶. Dans le cadre d'une universalité juridique, la difficulté se situe dans la dissociation des intérêts. L'isolement d'un intérêt spécifique est ici en théorie suffisamment fort pour justifier la création d'une nouvelle masse de biens et de dettes mais pas assez pour en permettre la personnification. On retrouve alors l'interdépendance des notions d'intérêt et de volonté qui irrigue le droit des universalités¹³⁰⁷. Les flux financiers entre l'universalité parfaite et le patrimoine sont inévitables ; le législateur l'a d'ailleurs compris au sujet de l'EIRL lorsqu'il permet aux créanciers professionnels de saisir, en cas d'insuffisance de la masse qui leur est affectée, les bénéfices réalisés sur le dernier exercice comptable¹³⁰⁸. Tirée de la même idée que la confusion des patrimoines, son cadre juridique n'est donc pas adaptée aux universalités car, une fois de plus, patrimoine et universalités ne sont pas exactement identiques.

416. La recherche d'un critère de la confusion des masses. – L'appréciation de l'anormalité des opérations entre les masses doit s'inspirer des règles existantes mais ne peut reposer sur le critère de l'absence de contrepartie. La tenue de comptes séparés doit être strictement observée mais une violation ponctuelle de cette séparation ne devrait pas suffire à déduire une intention frauduleuse de la part du titulaire de l'universalité. Néanmoins, il semble qu'une telle violation, si elle est congénitale c'est-à-dire qu'elle existe dès la création de la masse universelle et qu'elle est constante, puisse traduire la fictivité de l'universalité. Il paraît opportun de dissocier, comme c'est le cas à l'égard des sociétés, les hypothèses de confusion et de fictivité¹³⁰⁹. Or cette distinction semble pouvoir reposer sur la date à partir de laquelle des mouvements anormaux entre les masses ont pu être observés. L'analyse montre donc qu'un critère matériel – l'anormalité – et un critère temporel sont tous deux nécessaires pour justifier une demande en réunion des masses. Reste alors à déterminer si, comme pour les sociétés, il faut cantonner cette demande au seul droit des procédures collectives. En d'autres termes, il est nécessaire de s'interroger sur l'opportunité d'une action, ouverte aux créanciers, en réunion des masses et ce, en dehors de toute difficulté financière.

¹³⁰⁶ B. VAILLANT, « Les cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives », *Dr. Aff.* 1999/146, p. 154.

¹³⁰⁷ *Cf. supra* (n°252 et s.). Il faut par ailleurs noter que même pour les sociétés, la communauté d'intérêts ne suffit pas à établir une confusion des patrimoines. C'est le cas notamment des SCI exploitée par une autre société : v. par exemple Com. 10 mai 2005, *RJDA* 2010/05, n°113. V. également CH. CUTAJAR, « Le montage société civile – société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », *BJS* 1999, p. 1057.

¹³⁰⁸ Art. L.526-12, al. 4, C. Com.

¹³⁰⁹ Com, 9 avril 1991, n°89-17525.

417. L'action en réunion des masses. – Permettre aux créanciers de demander la réunion des masses se présente comme un moyen de remettre en cause l'existence même de l'universalité. En autoriser l'exercice en dehors de toute procédure de faillite soulève la question de savoir si l'action est personnelle ou collective. S'il fallait l'admettre, le créancier qui agit seul ne devrait pas bénéficier seul de la réunion des masses car l'inexistence de l'intérêt fédérateur n'est pas relative mais concerne tous les créanciers¹³¹⁰. Par ailleurs, l'idée que n'importe quel créancier puisse remettre en cause, à n'importe quel moment, l'existence même de l'universalité juridique, place les universalités dans une économie bien instable. Est-ce donc souhaitable ? La sécurité juridique commande la prudence mais s'il fallait admettre l'existence de cette action, il faudrait commencer par en limiter l'exercice dans le temps. Il convient donc de réduire la prescription de cette action pour n'en permettre l'exercice que dans le cadre d'une violation des obligations comptables dès la création de l'universalité ; il serait approprié de limiter par exemple l'action à trois ans¹³¹¹. Il faudrait ensuite sans doute limiter également l'exercice de l'action en édictant des conditions strictes pour agir. Si l'action a pour effet de réunir les masses, c'est qu'elle permet au créancier qui agit de prétendre à des biens auxquels il n'a pas accès. Or pour légitimer une telle action, il faut, au préalable, que les biens auxquels il a effectivement accès ne suffisent pas à son désintéressement. Autrement dit, il est nécessaire de subordonner l'action à la preuve de l'insuffisance de l'assiette du droit de poursuite du créancier sans quoi ce dernier n'a pas d'intérêt à agir. Enfin, il est nécessaire, pour éviter les abus, de constater une violation des règles de comptabilité séparée permettant de déduire l'inexistence de l'intérêt fédérateur.

B. L'adaptation de la saisie des biens

418. L'adaptation de l'information quant au contenu de l'universalité. – Le droit de l'exécution a connu une forte évolution le siècle dernier, notamment en raison de la modification des richesses. Le Professeur PERROT a ainsi écrit que « la consistance du patrimoine a évolué. (...) La fortune se cache dans des boîtes informatiques, et du même

¹³¹⁰ C'est ce même raisonnement qui conduit à dissocier la nullité (surtout relative) de l'inexistence concernant les actes juridiques et, notamment les contrats. Sur ce point, CL. WITZ, « Consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Mélanges PH. SIMLER*, LexisNexis-Litec & Dalloz 2006, p. 729 et s. ; G. DURRY, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XIV, 1965, p. 611 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, coll. Domat 2018, n°203, p. 183 ; PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis 2017, n°405, p. 361.

¹³¹¹ L'action reposant sur un manquement aux obligations comptables, lesquels impose un devoir annuel, il est inconcevable de réduire le délai de prescription de l'action à moins de deux ans.

coup elle se fait plus discrète, plus mobile et plus difficile à débusquer. (...)»¹³¹² ». Il poursuit son raisonnement : « la première préoccupation du créancier qui vient d'obtenir un titre exécutoire est de s'enquérir des biens appartenant à son débiteur sur lesquels il pourra exercer ses poursuites. Or bien souvent, ces indications font défaut et malgré toutes les recherches entreprises le créancier ne parvient pas par ses propres moyens à se procurer les informations nécessaires.¹³¹³ ». La diversification des sources de richesses traduite par l'importance prise par les valeurs mobilières dans le patrimoine des Français, a donc mené le législateur à mettre en place des moyens de rechercher les renseignements nécessaires à l'effectivité des titres exécutoires¹³¹⁴. À ce titre, les articles L.152-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution prévoient la communication aux huissiers de justice des informations relatives à l'identité et l'adresse du débiteur et de son employeur ou de tout tiers dépositaires de sommes ou liquidités exigibles. De même, l'identification et les informations relatives à l'existence et la composition des comptes ouverts au nom du débiteur sont communiquées à l'huissier. Enfin ce dernier a accès au Fichier des Comptes Bancaires et Assimilés – le FICOBA¹³¹⁵. L'accès aux renseignements au bénéfice de l'huissier doit aujourd'hui comprendre les informations relatives à la création d'une universalité de droit. La tenue d'un registre concernant ces universalités serait donc, une fois encore, très utile, sinon primordiale¹³¹⁶.

419. Le rejet de la levée du secret des affaires ? – Madame THOMAT-RAYNAUD suggère, pour renforcer la protection des créanciers, de lever ponctuellement le secret des affaires. Son argumentation repose sur l'idée qu'en contrepartie de la séparation des masses universelles offerte au débiteur, il faut donner au créancier la possibilité de s'immiscer dans la gestion de l'une d'elle pour « apaiser le conflit débiteur-créancier¹³¹⁷ ». L'auteure confronte ainsi le droit au paiement du créancier d'une part et la protection de la vie privée du débiteur d'autre part. Le droit du créancier d'obtenir paiement de sa créance est, en théorie, protégé au titre des droits fondamentaux¹³¹⁸. Conçu comme un prolongement du droit au

¹³¹² R. PERROT, « Présentation générale de la réforme », *JCI Procéd.* Fasc. 10 – Voies d'exécution, n°?

¹³¹³ R. PERROT, « L'huissier de justice et la chasse au trésor », *Rev. Procéd.* 2004, Chron. n°4.

¹³¹⁴ Retraçant l'évolution législative et ses origines, v. CL. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2015, n°39 et s., p. 26 et s. ; N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016, n°382 et s., p. 213 et s. ; A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, Précis Dalloz 2014, n°506 et s., p. 251 et s.

¹³¹⁵ Art. R.152-1, CPCE.

¹³¹⁶ Cf. proposition et *cf. supra* (n°398 et s.).

¹³¹⁷ A.L. THOMAT-RAYNAUD, *th. préc.*, n°1096 et s., p. 491 et s.

¹³¹⁸ Sur la fondamentalisation du droit à l'exécution : v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C.S. DELICOSTOPOULOS & alii, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz 2017, n°476 et s. ; A. LEBORGNE, *op. cit.*, n°105 et s., p. 69 et s. ; P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, p. 174 ; C. HUGON, « L'exécution forcée des décisions de justice », in *Libertés et droit fondamentaux*, dir. R. CABRILLAC, M.A.

recours effectif et participant ainsi à l'effectivité de la justice et des lois, le droit au paiement, à l'exécution d'une obligation, reçoit normalement une protection au niveau européen, ce que confirme en un sens la jurisprudence de la CEDH¹³¹⁹. Néanmoins, celle-ci ne semble intervenir qu'au stade de l'exécution d'une décision de justice ; la protection vise alors le titre exécutoire que renferme la décision. *Quid* alors du droit subjectif du créancier antérieurement à cette décision ? *Quid* de l'exécution volontaire ? des mesures comminatoires conventionnelles ? Madame THOMAT-RAYNAUD s'en rend d'ailleurs bien compte puisqu'elle limite sa proposition aux seuls créanciers bénéficiant d'un titre exécutoire. Plus encore, seuls les créanciers professionnels pourraient jouir de cette levée du secret des affaires car s'agissant de biens professionnels, il n'y aurait pas d'atteinte à la vie privée du débiteur¹³²⁰. Réduisant considérablement le domaine dans lequel le secret des affaires serait levé, cette proposition ne peut s'étendre à toutes les universalités parfaites. On imaginerait difficilement une immixtion aussi grande dans la gestion d'une fiducie, dans celle d'un FCT ou, de manière prospective, dans celle du patrimoine du majeur protégé ou du mineur. Enfin, les articles L.152-1 et suivants du CPCE excluent le secret professionnel, lequel ne peut donc faire obstacle à l'obtention des informations relatives à la composition du patrimoine du débiteur¹³²¹. Il faut ici en conclure que le registre proposé, recensant les universalités de droit doit permettre d'informer les créanciers de leur existence mais pas de leur composition¹³²².

FRISON-ROCHE & TH. REVET, Dalloz 2912, n°907 et s.; F. FERRAND, « La fondamentalisation de l'exécution forcée », in *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, dir. CL. BRENNER, EJT 2007, p. 13 et s.

¹³¹⁹ V. par ex. CEDH, 19 mars 1992, *Hornsby c/ Grèce*, 1997-II, 495 ; D. 1998, p. 75, obs. N. FRICERO ; JCP G 1997, II, 22949, note F. SUDRE & O. DUGRIP ; RTD Civ. 1997, p. 1009, obs. J.P. MARGUÉNAUD ; AJDA 1997, p. 986, obs. FLAUS.

¹³²⁰ L'auteure écrit ainsi : « la levée du secret à l'égard du créancier professionnel ne pose pas de problèmes particuliers. Dans la mesure où le gage des créanciers professionnels ne porte que sur des biens professionnels, il n'y a aucun risque d'atteinte à la vie privée du débiteur, puisque par définition les biens de nature personnelle comme le logement, ne seraient pas compris dans l'assiette du gage. Par définition, les biens susceptibles d'être appréhendés n'ont aucun rapport avec la vie privée de la personne. Dans l'hypothèse où les biens auraient un rapport avec la vie privée, par exemple si le local d'habitation était contigu au local professionnel, ou si celui-ci était abrité dans un bien de nature mixte, on pourrait alors supposer que le débiteur a renoncé au secret, puisqu'il a établi dans un même lieu sa maison et son travail. » : A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op.cit.*, n°1105, p. 495-496.

Cette dernière proposition n'a pas de fondement juridique car présumer la renonciation du débiteur au secret des affaires fait prévaloir arbitrairement et sans raison convaincante le caractère professionnel sur le caractère privé du bien mixte.

¹³²¹ Cf. *infra* (n°422).

¹³²² Le raisonnement vaut déjà pour le patrimoine et s'étend donc à toutes les universalités juridiques. En ce sens, S. PIEDELIÈVRE, « Accès à l'information et accès à l'exécution », in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, EJT 2009, p. 105 et s. L'auteur, s'interrogeant sur l'opportunité de créer un système de déclaration par le débiteur sur la composition de son patrimoine, écrit que « la déclaration devrait nécessairement être finalisée, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait être utilisée que pour la mesure sollicitée. En aucun cas, elle ne devrait permettre l'établissement d'un fichier général qui en tout état de cause aurait un intérêt limité, compte tenu du caractère nécessairement fluctuant du patrimoine » (nous soulignons), n°227, p. 109.

420. L'accès au contenu de l'universalité parfaite : le droit à l'exécution. – Le Code civil et le Code des procédures civiles d'exécution rappellent que le créancier a non seulement droit à l'exécution de sa créance mais il peut par ailleurs contraindre son débiteur à cette exécution¹³²³. En ce sens, le Droit met déjà en place des moyens pour le créancier d'obtenir paiement. Il convient alors d'adapter le droit de l'exécution aux universalités juridiques car la saisie doit prendre en compte la séparation des masses universelles, la dissociation de l'universalité et du patrimoine légal. Toute mesure accomplie par le créancier sur les biens du débiteur constitue une sauvegarde du gage général¹³²⁴. Or l'universalité parfaite emportant un aménagement de l'assiette de ce gage, les règles encadrant ces mêmes mesures doivent s'adapter au dédoublement nouveau du droit de gage général et spécifique. Le droit de l'exécution prévoit actuellement que le titre exécutoire doit constater une créance personnelle contre le débiteur. En ce sens, la Cour de cassation a pu énoncer que « toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter, et que le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, à défaut de titre exécutoire pris contre eux¹³²⁵ ». Autrement dit, une distinction est déjà faite entre les patrimoines respectifs de débiteurs tenus ensembles. Il convient alors d'adapter et de modifier l'article L.111-10 du Code des procédures civiles d'exécution. Si celui-ci ne prend pas expressément en compte la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble nécessaire d'apporter une modification substantielle imposant la mention, dans le titre exécutoire, de l'universalité concernée et dont l'actif sera sujet aux éventuelles saisies du créancier¹³²⁶.

421. Saisies et universalités parfaites : identification des problèmes. – Une fois l'information donnée, il faut pouvoir saisir les biens. Pour ce faire, le créancier détenteur d'un titre exécutoire va chercher à pratiquer une saisie des biens de son débiteur. Plusieurs problèmes naissent de l'affectation de ces biens à un intérêt distinct, à une universalité de droit. La dissociation entre l'universalité créée et le patrimoine légal du débiteur ajoute un

¹³²³ « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. » (art. L.111-1, CPCE) ; « le créancier a le droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi » (art. 1341, C. Civ.).

¹³²⁴ En ce sens concernant les mesures conservatoires, N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016, n°197, p. 113.

¹³²⁵ Civ. 2^e, 19 mai 1998, n°96-12944, Bull. Civ. II, n°161, *Dr. Sociétés* 2009/1, p. 16-17, note R. MORTIER ; *RJDA* 1998, p. 964. La même décision a été rendue concernant le titre exécutoire contre un époux et la tentative de saisie d'un bien du conjoint pour une dette ménagère et, partant, solidaire : Civ. 2^e, 28 oct. 1999, n°97-20071, Bull. Civ. II, n°163.

¹³²⁶ V. la proposition.

obstacle important à la saisie des biens. Le gage des créanciers étant divisé, ceux pouvant agir sur les biens dépendant d'une masse ne devraient pas pouvoir agir sur les autres. Comment alors faire le départ entre les biens d'une universalité et ceux d'une autre si tous, appartiennent au même débiteur ? Comment savoir si le titre exécutoire détenu par le créancier permet de constater une dette personnelle ou spécifique ? Autrement dit, comment assurer la corrélation exclusive que l'universalité parfaite est censée offrir ? Ce problème que la loi de 2010 instituant l'EIRL a compris n'a pourtant pas été réglé. L'article L. 161-2 prévoit bien que « en cas de procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée, celle-ci ne peut porter que sur le ou les biens sur lesquels le droit de gage général tel que défini par les dispositions de l'article L.526-12 du Code de commerce ». Cependant, ni la partie législative, ni la partie réglementaire de ce code ne prévoit les modalités de distinction des assiettes des différents droits de gage généraux engendrés par l'universalité.

422. Le problème de la détermination du bien « saisissable ». – Parce qu'elle engendre une insaisissabilité relative, l'universalité de droit fait sortir les biens du débiteur de l'assiette des saisies pouvant être exercées par certains créanciers¹³²⁷. Il leur faut alors déterminer quels sont les biens qu'ils peuvent effectivement et efficacement saisir. Le législateur prévoit actuellement une protection de l'entrepreneur individuel en dehors de toute universalité juridique. En ce sens, s'ajoute à la déclaration notariée d'insaisissabilité, un bénéfice de discussion opposable au créancier saisissant¹³²⁸. Il aurait pu être proposé de généraliser ces dispositions et de permettre au débiteur, titulaire d'une universalité parfaite, d'imposer au créancier de poursuivre les biens affectés au préalable. Mais une telle proposition suggère une subsidiarité qui fait normalement défaut dans l'universalité parfaite¹³²⁹ et elle s'avère alors inutile puisque la séparation des masses ne devrait offrir aucun accès au créancier aux biens non-affectés, même à titre subsidiaire. Il serait dès lors possible de permettre au débiteur de s'opposer simplement à la saisie du bien en prouvant le

¹³²⁷ N. CAYROL, *op. cit.*, n°726 et s., p. 395 et s. ; R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, LexisNexis 2014, n°168, p. 122-123 ; A. LEBORGNE, *op. cit.*, n°613, p. 291-292.

¹³²⁸ L'article L.161-1, CPCE qui amorce le titre IV du Code relatif aux dispositions spéciales à certaines personnes et à certains biens dispose ainsi que « lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 5° de l'article L.112-2, et s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers. (...) ».

¹³²⁹ Cf. *supra* (n°367 et s.).

caractère non-affecté du bien saisi. Un problème surgit alors : n'est-ce pas là un moyen de permettre au débiteur d'échapper à toute saisie¹³³⁰ ?

423. L'opposition à la saisie et l'intervention du juge. – Au même titre que pour tout autre type d'insaisissabilités relatives, l'intervention du juge s'avère ici nécessaire¹³³¹. Lorsqu'un différend naît quant à la saisissabilité du bien, c'est le juge de l'exécution qui intervient¹³³². Compétent pour connaître des litiges relatifs au caractère saisissable ou insaisissable des biens du débiteur¹³³³, ce dernier serait ici amené à contrôler l'affectation des biens à l'intérêt fédérateur de l'universalité. Si le critère de nécessité est formellement prévu dans de nombreux textes relatifs à l'affectation des biens¹³³⁴, il en va différemment du critère d'utilité. De la même manière, les difficultés n'existent pas concernant les biens affectés lors de la création de l'ensemble universel si les formalités de l'acte déclaratif ont été respectées¹³³⁵. D'autres problèmes apparaissent pour les biens acquis par la suite et qui ont intégré l'universalité. À défaut de désignation dans l'acte constitutif, leur affectation peut en effet être discutée et apparaît alors comme le cœur d'un éventuel contentieux de l'exécution dans le domaine des universalités de droit. Une modification du droit positif s'avère alors nécessaire.

424. Proposition : modalités du contrôle du juge. – Édouard LAMBERT parlait du « gouvernement des juges¹³³⁶ » et le Professeur REVET soulignait l'apparition d'un

¹³³⁰ En ce sens, O. SALATI, « La loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur à responsabilité limitée et le principe de saisissabilité : une menace de plus sur le droit au recouvrement », *Rev. Procéd.* 2010, Étude 8 ; L. LAUVERGNAT, « L'entrepreneur individuel et ses créanciers : existe-t-il un droit de ne pas être saisi ? », *JCP G* 2013, II, 791, p. 1366

¹³³¹ Une auteure a ainsi pu écrire : « les juges disposent d'un pouvoir d'interprétation qui avoisine parfois un pouvoir créateur. Dans certains cas, c'est en s'interrogeant sur la nature juridique du bien menacé de saisie que les tribunaux concluront à l'insaisissabilité. » : A. LEBORGNE, « Rapport introductif », in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, éd. EJT 2009, n°5, p. 6.

¹³³² V. par ex. en matière de saisie-vente, l'article R.221-49, CPCE.

¹³³³ La question de la compétence d'attribution de ce juge ne devrait pas se poser puisque celui-ci est compétent dès lors que la procédure est engagée par un commandement de payer : Civ. 2^e, 3 juin 1999, n°97-14889, Bull. Civ. II, n°110. Contrôler l'affectation des biens relève certes d'une question de fond mais le juge de l'exécution est toujours resté compétent dans ces cas pour éviter les sursis et renvois (art. L.213-6, al. 1, COJ).

¹³³⁴ Notamment ceux relatifs à l'EIRL : v. art. L.526-6, C. Com qui impose de placer dans l'universalité, les biens nécessaires à l'exploitation de l'activité. De la même manière, l'immobilisation par destination qui repose sur le caractère nécessaire du bien meuble immobilisé a très vite été reconnue : Req. 19 oct. 1938, *DH* 1939, 613. V. aussi *supra* (n°316 et s.).

¹³³⁵ En effet, nous avons proposé d'imposer au débiteur qui crée une universalité parfaite d'accompagner l'acte constitutif d'une liste descriptive des biens affectés constituant un capital affecté minimal : cf. *supra* (n°405).

¹³³⁶ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz 2005 (rééd.).

mouvement de « légisprudence¹³³⁷ ». La séparation des pouvoirs conduit à se garder d'une trop grande latitude laissée au juge dans l'application du droit. Si son intervention est nécessaire, elle doit également être encadrée sous peine de lui offrir un pouvoir créateur qui serait malvenu. En ce sens, il serait approprié de lui offrir la possibilité d'apprécier, sur la base de critères objectifs, si le bien destiné à être saisi ou le bien saisi, entre ou non dans l'assiette du créancier saisissant. Pour ce faire, il faut se référer aux critères précédemment établis concernant la composition de l'universalité. Si l'affectation de biens repose sur la volonté du propriétaire, une extériorisation de l'affectation est nécessaire pour la rendre opposable¹³³⁸. Or deux moyens permettent cette extériorisation : d'une part, la déclaration ou la publicité de l'affectation, sorte d'opposabilité formelle et, d'autre part, l'utilité du bien à la poursuite de l'intérêt fédérateur, constituant une opposabilité matérielle ou naturelle de l'affectation. Les biens placés dans l'universalité lors de sa création font, en principe, déjà l'objet d'une déclaration puisque nous avons proposé de généraliser l'obligation de constituer la liste des éléments actifs affectés dans l'acte constitutif. La question se pose donc surtout pour les biens qui sont affectés à l'intérêt fédérateur postérieurement à la création de l'universalité de droit. Que faire des biens acquis des années après la création de l'universalité ? Le bien doit-il intégrer le patrimoine légal du propriétaire ? ou est-il destiné à garantir les dettes de son universalité spécifique ? La question ne devrait pas se poser pour les immeubles, leur affectation devant être précisée sur les fichiers de la publicité foncière. La question est plus délicate concernant les meubles et, plus particulièrement, les meubles incorporels. C'est à leur sujet que le juge sera amené à s'interroger sur leur utilité ou leur nécessité pour la poursuite de l'intérêt fédérateur. En l'absence d'un tel lien – de nécessité ou d'utilité – le bien doit être considéré comme faisant partie de l'assiette du patrimoine personnel du débiteur.

425. Conclusion de la section. – L'analyse des moyens de protection des créanciers d'une universalité de droit fait apparaître les lacunes du droit positif en la matière. Au-delà de l'éparpillement de ces dispositions et du manque d'unité qui en résulte, il semble possible de construire un corps de règles communes à tous les ensembles universels parfaits. Allant de l'information et du droit d'agir en inopposabilité à la réunion ponctuelle des masses ou la constitution de sûretés réelles permettant de rassurer les créanciers, la protection de ces

¹³³⁷ TH. REVET, « La légisprudence », in *Mélanges PH. MALAURIE*, Defrénois 2005, p. 377 et s. Le Professeur REVET est plus nuancé car il insiste sur l'existence d'une distinction nécessaire entre la norme élaborée par le juge et la norme législative (v. spéc., p. 390).

¹³³⁸ Cf. *supra* (n°321 et s.).

derniers passe également par une adaptation de la procédure de saisie des biens car celle-ci doit prendre en compte la séparation que crée l'universalité parmi les biens du débiteur.

**SECTION 2 – L’UNIFICATION DES RÈGLES DE PROTECTION DES
CRÉANCIERS DE L’UNIVERSALITÉ IMPARFAITE**

426. L’universalité imparfaite : la création d’une situation de pluralité de débiteurs. – Les universalités imparfaites reposent sur une affectation des biens autour d’un intérêt commun (aux époux ou aux indivisaires), ce qui suggère une pluralité de sujets. Cette pluralité vient perturber les relations entre créancier et débiteur et impose une adaptation des modes de protection de leur droit de gage général. S’il existe d’ores et déjà des règles relatives à chacune des universalités imparfaites identifiées en droit positif, l’idée d’une réunion de ces règles et l’étude d’une articulation entre elles se révèle ici opportun. La protection des tiers et de leurs droits lors de la création de l’universalité imparfaite s’explique par l’automaticité de l’ensemble universel ; plus exactement, dans certains cas, la loi va déduire d’une situation donnée, la création nécessaire d’une universalité imparfaite. Autrement dit, c’est la reconnaissance d’un intérêt commun par le Droit qui fait naître l’universalité juridique (I). La protection des créanciers est de ce fait amoindrie, il est en réalité moins nécessaire car le danger est également moindre. La pluralité de sujets permet d’offrir aux créanciers une pluralité de débiteurs et, partant, davantage de moyens d’être payés. Parce que l’universalité imparfaite n’a pas vocation à durer, il convient de ne s’intéresser au sort des créanciers qu’au cours du fonctionnement de l’ensemble universel (II).

I. Les spécificités des universalités imparfaites

427. Caractéristiques de l’universalité imparfaite. – Les universalités imparfaites font déjà l’objet de règles importantes permettant un juste équilibre entre les intérêts du groupe, de ses membres et des créanciers. Il convient néanmoins d’étudier ces corps de règles pour en voir les similitudes et en expliquer les différences. Des traits communs apparaissent parmi les universalités imparfaites permettant une approche globale et cohérente de ces masses. Celles-ci sont gouvernées par une forme d’automaticité en ce qu’elles sont créées par la loi lorsqu’apparaît un intérêt commun : la masse commune et l’indivision sont souvent des masses créées par l’effet de la loi (A). Au sein de ces masses, la protection des créanciers passe essentiellement par un partage de la charge de la dette, partage justifié par la poursuite d’un même intérêt (B).

A. L'automatisme de l'universalité imparfaite

428. Le principe : inutilité d'une protection. – L'universalité imparfaite est justifiée par l'existence d'un intérêt commun identifié et matérialisé par une convention ou présumé par la loi dans une situation donnée. Ainsi, le simple mariage permet de présumer l'existence d'un intérêt commun entre les époux. Le décès d'une personne permet de présumer l'intérêt commun de ses héritiers. Cette poursuite commune d'un intérêt unique justifie l'affectation des biens aux dettes qui sont en lien avec ledit intérêt¹³³⁹. Mais la distinction entre créanciers antérieurs et postérieurs, qui existe tant pour la communauté des époux¹³⁴⁰ que pour l'indivision¹³⁴¹, n'engendre pas une exclusivité au profit de la nouvelle catégorie de créanciers. C'est cette différence primordiale entre universalités parfaite et imparfaite qui rend la protection des créanciers des masses imparfaites moins utile. Le créancier de l'indivision ne perd pas son droit sur les biens personnels de chaque indivisaire pour sa part de la dette : il peut ainsi poursuivre le paiement du tout sur les biens indivis ou celui d'une partie de la dette sur les biens personnels de chaque indivisaire¹³⁴². Ce constat est cohérent avec l'idée d'alternative et/ou de subsidiarité et l'atteinte aux droits des créanciers est ainsi amoindrie, rendant leur protection moins nécessaire.

429. L'exception : *fraus omnia corrumpit*. – À l'image des universalités parfaites, il existe des situations où l'objectif, lors de la création de l'ensemble universel, est celui d'échapper aux poursuites de certains créanciers. Dans ces hypothèses, la fraude aux droits des tiers justifie la réaction des créanciers. Le législateur met alors en place des garde-fous

¹³³⁹ Cf. *supra* (n°291 et s.).

¹³⁴⁰ Art. 1410, C. Civ.

¹³⁴¹ Art. 815-17, C. Civ.

¹³⁴² En ce sens, l'indivision est nécessairement une universalité de droit ; en ce sens, R. GARY, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Sirey 1932, p. 146; G. RIPERT & J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 1946, t. III, n°2776, p. 752 ; CH. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 1948, t. X bis, n°707, p. 235 ; J. FLOUR, *Le passif successoral*, éd. Paris – Cour de droit, 1956-1957, n°326 et s. ; M. NÉVOT, *La notion d'opération de partage*, th. Paris II, 1979, n°78, p. 121-122 ; W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ-Lextenso 2017, n°174-175, p. 157-158 ; F.X. TESTU, « Sur la nature de l'indivision », *D.* 1996, p. 176 et s. ; C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *RTD Com.* 1979, p. 645 et s. ; F. DEBOISSY & G. WICKER, « La distinction de la société et de l'indivision et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 233 et s. ; H. PERINET-MARQUET, « La copropriété entre respect et adaptation du droit civil », in *Mélanges PH. SIMLER*, LexisNexis 2006, p. 796 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 589 et s. ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ 2003, n°125 et s., p. 83 et s. et n°195 et s., p. 122 et s. ; dans une certaine mesure, v. également G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Les biens*, Sirey 1980, n°60-6, p. 81 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°173 et s., p. 331 et s., spéc. n°174, p. 333-334 ; J. ROCHFELD, *Les Grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°2.24, p. 120-121 ; n°5.20, p. 304-304 ; n°6.17, p. 372-374.

pour protéger leurs droits. Ainsi en va-t-il lorsque les époux décident de changer de régime matrimonial. Mais en dehors de cette situation, l'instrumentalisation de la technique universelle imparfaite ne peut être détournée. Créer une indivision volontaire ne peut porter atteinte aux droits des créanciers de chacun des acquéreurs puisqu'il ne peut être reproché au débiteur d'acquérir un nouveau bien, fût-il indivis et que, par ailleurs, ces créanciers ne perdent ici aucun droit¹³⁴³. Tous les autres cas comme le mariage, sa dissolution, le décès, sont des évènements qui s'imposent et qui ne peuvent cacher une fraude¹³⁴⁴. La création légale d'une universalité imparfaite correspondante ne peut, comme pour les universalités parfaites, faire l'objet d'une inopposabilité.

430. L'opposabilité de l'universalité légale. – Parce qu'elles naissent d'évènements qui ne relèvent pas du Droit, les universalités imparfaites qui prennent vie par le seul effet de la loi s'imposent aux tiers. Lorsque la communauté de biens ou l'indivision résulte du mariage ou du décès, il s'agit d'une simple reconnaissance, par le système juridique, de l'existence d'un intérêt commun, d'où provient d'ailleurs leur assimilation à une institution¹³⁴⁵. Dans ces situations, les créanciers ne peuvent s'opposer au mariage ou au décès et, conséquemment, à la création de l'universalité imparfaite (de la masse commune ou de l'indivision). Leurs droits sont en effet préservés puisqu'ils ont toujours accès aux biens de leur débiteur après conclusion du mariage, les biens acquis avant sa célébration demeurant propres. De la même manière, les créanciers successoraux gardent leur droit de poursuite sur les biens de la succession et peuvent, en cas de pluralité d'héritiers, demander à être préférés sur les éléments actifs de la succession¹³⁴⁶. Dans ces deux cas, l'opposition étant impossible, le législateur a trouvé un moyen de protéger leurs intérêts.

¹³⁴³ Sauf l'hypothèse exceptionnelle où l'acquisition du bien est destinée à transformer des liquidités, facilement saisissables en un bien, moins accessibles. Mais dans ce cas, les règles de la fraude paulienne devraient trouver à s'appliquer.

¹³⁴⁴ Ce propos peut être nuancé puisqu'il arrive que des mariages ne soient conclus que pour en tirer un avantage, il est alors nul sur le fondement de l'article 146 du Code civil: Civ. 1^e, 28 oct. 2003, Bull. Civ. I, n°215 ; D. 2004, p. 21, note J.P. GRIDEL ; *Defrénois* 2004, p. 143, pbs. J. MASSIP ; *RTD Civ.* 2004, obs. J. HAUSER.

¹³⁴⁵ En ce sens au sujet de l'indivision : J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., 2010, LGDJ, n° 471, p. 534-535 ; F.X. TESTU, *L'indivision*, Dalloz 1996, p. 134 ; CH. ALBIGES, *Répert. Dalloz Civ.*, V° Indivision, n°32.

Et concernant le mariage : J. CARBONNIER, *Essai sur les Lois*, LGDJ 2013, p. 58 ; M. T. MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà », in *La personne, la famille et le droit, trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant-LGDJ 1999, p. 35 et s. ; H. LÉCUYER, « Mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, dir. D. FENOUILLET & P. DE VAREILLES-SOMMÈRES, Economica 2001, p. 57 et s. ; FR. TERRÉ, CH. GOLDIE-GÉNICON & D. FENOUILLET, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz 2018, n°79, p. 73 ; PH. MALAURIE & H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ-Lextenso 2016, n°111, p. 81-82.

¹³⁴⁶ Art. 878, C. Civ.

431. L'opposition possible contre les universalités volontaires. – Le raisonnement aurait pu être identique au sujet des indivisions conventionnelles. La convention d'indivision prévue aux articles 1873-1 et suivants du Code civil est, comme toute autre convention, opposable aux tiers sans condition spécifique¹³⁴⁷. Mais contrairement à l'indivision qui résulte d'un divorce ou d'un décès, cette convention est, susceptible de cacher une fraude, laquelle leur permet alors de demander l'inopposabilité sur le fondement de l'action paulienne ou le partage de l'indivision sur le fondement de l'action oblique. Si la demande de partage leur est en principe fermée lorsque la convention est à durée déterminée¹³⁴⁸, cette règle devrait tomber face à la fraude du débiteur¹³⁴⁹. De la même manière, les créanciers ne peuvent certes pas s'opposer au mariage de leur débiteur, ils peuvent néanmoins le faire lorsqu'il s'agit d'un changement de régime matrimonial. La défense de leurs intérêts leur est reconnue par l'article 1397 du Code civil. L'action qui leur est offerte permet alors de faire opposition à la création de l'universalité imparfaite¹³⁵⁰.

432. Les difficultés soulevées par l'intérêt commun. – Malgré les efforts du législateur pour préserver les droits des créanciers après l'aménagement de leur droit de gage général suite à la création d'une universalité imparfaite, toute protection n'est pas forcément inutile car l'intérêt commun qui fédère la masse n'est pas le seul intérêt en jeu. Il s'agit alors de se demander si la mise en commun de biens n'a pas des conséquences sur l'assiette du droit de poursuite. Plus exactement, les créanciers se voient offrir un droit de poursuite contre plusieurs débiteurs en raison du partage de l'intérêt qui fédère les biens affectés à la garantie de leurs créances.

B. La nature des obligations dans l'universalité imparfaite

433. L'existence de régimes satisfaisant. – Le traitement des obligations de l'universalité imparfaite invite à s'interroger sur les points communs qu'entretiennent les différentes masses identifiées en droit positif. Le créancier de ces universalités est-il traité de la même manière lorsqu'il est question de la masse commune ou de l'indivision ? Le droit

¹³⁴⁷ Hormis les exigences de publicité liées à la nature du bien, expressément imposées par l'article 1873-2, al. 2, C. Civ pour les créances et les immeubles mais qui s'étend sans doute à n'importe quel type de bien dont l'aliénation est soumise à publicité : en ce sens, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2018, n°590, p. 493.

¹³⁴⁸ Art. 1873-15, al. 2, C. Civ.

¹³⁴⁹ En ce sens, W. DROSS, *Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n°202-3, p. 382 ; CL. BRENNER, *Répert. Dalloz Civ.*, V° Partage : droit commun, n°144.

¹³⁵⁰ Dans l'hypothèse du passage d'un régime séparatiste à un régime communautaire.

qu'il acquiert sur les biens de la masse est-il en cohérence avec son droit de réclamer paiement aux membres du groupement qui en sont titulaires ? La physionomie de l'obligation contenue dans l'universalité imparfaite semble révéler une incohérence de ce point de vue. Plusieurs théories ont tenté d'y voir une obligation réelle pour permettre une approche globale et systémique de ces obligations particulières. Mais l'insuffisance de ces théories (1) imposent de chercher un équilibre dans les règles existantes. Celles-ci peuvent sembler variées et différentes mais une harmonisation du droit positif est en réalité possible (2).

1. L'impasse théorique d'obligations plurales en raison de l'objet

434. Le passif des universalités imparfaites. – Pour toutes les universalités imparfaites, il est nécessaire de dissocier les créanciers de l'universalité et les créanciers personnels des membres du groupe. Les créanciers de l'indivision et les créanciers communs s'opposent ainsi aux créanciers personnels – de l'indivisaire ou de l'époux. Une fois cette distinction admise, il convient d'observer que chaque catégorie de créanciers ne se voit pas offrir les mêmes droits sur les biens de leur débiteur. Or cette distinction repose, comme nous l'avons vu, sur l'affectation des biens à la poursuite de l'intérêt commun et celle des dettes qui en naissent¹³⁵¹. Dans toute universalité imparfaite, le créancier qui tient son droit de la poursuite de l'intérêt fédérateur semble créancier de l'ensemble des membres du groupe. Ainsi, le créancier d'un époux est-il créancier du couple et celui de l'indivision, l'est de tous les indivisaires. Cette affirmation doit cependant être nuancée ou, du moins, précisée. Un époux est-il personnellement tenu d'une dette contractée par son conjoint ? L'article 1413 du Code civil précise que les biens communs sont engagés (à l'exclusion des gains et salaires du conjoint non-débiteur et de ses biens propres) mais le créancier ne peut s'adresser au conjoint de son débiteur pour le recouvrement, ne serait-ce que d'une partie de la dette. De la même manière, lorsqu'un indivisaire contracte une dette à l'insu de ses coindivisaires, ces derniers ne peuvent être tenus personnellement envers le créancier, quand bien même la dette serait conclue dans l'intérêt commun¹³⁵². Un paradoxe semble caractériser les obligations de

¹³⁵¹ Cf. *supra* (n°86 et s.).

¹³⁵² À l'inverse, le créancier qui a contracté avec un seul des indivisaires peut poursuivre les autres si la conclusion de la dette entre dans le cadre de l'article 815-3 du Code civil, lequel prévoit que « le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité : 1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ; 2° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ; 3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ; 4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers. ».

l'universalité imparfaite. Les époux comme les indivisaires sont, pourrait-on dire, tenus réellement sur les biens de l'universalité même s'ils n'y ont pas personnellement consenti. Partant, chaque membre du groupement réuni autour de l'intérêt commun se retrouve concerné par la dette dont il n'a pas nécessairement connaissance.

435. Position du problème. – Une telle obligation semble offrir systématiquement au créancier, quoique sous certaines conditions, la possibilité de poursuivre plusieurs débiteurs. Ces créances n'ont pourtant pas la même physionomie que les obligations plurales de droit commun. En effet, s'il fallait leur appliquer le régime des articles 1309 et suivants du Code civil, l'obligation intégrant une universalité imparfaite donnerait l'accès au créancier à bien plus que l'actif du débiteur : il pourrait saisir les biens des autres membres du groupe alors qu'ils n'ont pas contracté avec lui. Certes, ils y trouvent un intérêt, ils en tirent un profit. Mais ils n'y ont pas consenti. La liberté contractuelle, qui a acquis une valeur constitutionnelle¹³⁵³, et la protection de la propriété privée, également protégée par le bloc constitutionnel¹³⁵⁴, s'opposent à leur engagement. C'est ainsi que le créancier de l'indivision, qui peut agir sur les biens indivis mais aussi sur les biens personnels de son cocontractant, ne peut agir sur les biens personnels des autres indivisaires. De la même manière, les biens propres de l'époux non-débiteur sont hors de la portée du créancier, pourtant commun. S'il peut paraître opportun de permettre au créancier d'un époux de pouvoir saisir les biens du conjoint dès lors que ce dernier tire profit de la dette contractée, celui-ci n'a jamais choisi de se soumettre à ce lien obligationnel, ses biens n'ont jamais eu volontairement vocation à garantir la créance. Il en va de même des indivisaires qui ne se sont pas personnellement engagés envers le créancier de l'indivision pour les actes conclus par un seul d'entre eux¹³⁵⁵.

436. Tentative de justification par l'obligation *propter rem*. - Il aurait été possible d'admettre que les créanciers de la masse – contrairement aux créanciers personnels –

¹³⁵³ Sur le fondement de l'article 4 de la DDHC : CC, 13 juin 2013, n°2013-672 DC, sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi, *D.* 2014. 1516, obs. N. JACQUINOT & A. MANGIAVILLANO ; *Dr. soc.* 2013, p. 673, étude J. BARTHÉLÉMY, p.680, étude D. ROUSSEAU & D. RIGAUD ; *Dr. Soc.* 2014, p. 464, chron. S. HENNION, M. DEL SOL, P. PIERRE & M. HALLOPEAU ; p. 1057, étude J. BARTHÉLÉMY ; *Constitutions* 2013. 400, chron. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; *RTD Civ.* 2013. 832, obs. H. BARBIER.

¹³⁵⁴ Art. 2, CEDH.

¹³⁵⁵ Avec le tempérament qu'apporte le mandat tacite de l'article 815-3 du Code civil mais où, dans ce cas, trouve sa justification dans le mécanisme de la représentation. Si l'on exclut les hypothèses de mandat conventionnel ou judiciaire pour la gestion de l'administration qui donne donc un véritable pouvoir de représentation permettant d'engager les mandants par les actes accomplis par le mandataire en leur nom et pour leur compte, l'application du mandat tacite de l'article 815-3 repose sur la connaissance par les représentés, des actes de gestion accomplis en leur nom : Civ. 3^e, 12 mars 1997, Bull. Civ. III, n°59 ; Civ. 3^e, 11 mars 1998, *RDI* 1998, p. 289 ; *AJDI* 2001, p. 33 ; Civ. 1^e, 12 juin 2013, n°12-17419, *AJ Fam.* 2013, p. 443.

acquièrent des droits contre plusieurs débiteurs, non pas en raison des relations volontairement ou légalement créées avec chacun d'eux mais en raison de l'objet, source de l'obligation. Deux pistes semblent permettre cette extension de l'obligation : la personnification du groupe et l'obligation réelle¹³⁵⁶. La première piste doit être rejetée puisque l'intérêt commun se distingue précisément de l'intérêt collectif parce qu'il n'est pas suffisamment distinct des intérêts individuels des membres du groupe¹³⁵⁷. Il convient alors d'explorer la seconde. Les régimes des deux manifestations existantes de l'universalité imparfaite font apparaître un équilibre entre les pouvoirs et les obligations des membres du groupe. D'un côté, les indivisaires comme les époux peuvent, seuls, contracter des dettes relatives aux biens de la masse, commune ou indivise¹³⁵⁸. D'un autre côté, les créanciers des dettes ainsi contractées acquièrent un droit de poursuite sur les biens affectés à la masse¹³⁵⁹. On retrouve ainsi la corrélation entre actif et passif, caractéristique de l'universalité juridique. Or il aurait été possible dans ces situations d'étendre cette affectation et d'obliger, par la dette contractée par un seul des époux ou des indivisaires, l'intégralité des membres du groupe de manière systématique. Le créancier obtiendrait ainsi un droit de poursuite, non seulement sur les biens affectés (biens communs ou indivis) mais également les biens personnels de tous. Pour expliquer cette solution, il aurait été possible de passer par l'obligation réelle.

437. Le rejet de l'obligation *propter rem*. – Si l'on devait admettre que l'indivisaire ou l'époux est tenu d'une obligation à laquelle il n'a pas expressément consenti, il aurait été possible de le justifier par sa vocation à être propriétaire entier du bien indivis, source de l'obligation. Celle-ci serait alors assortie d'une coloration réelle et répondrait alors de la définition de l'obligation *propter rem*. En ce sens, la Cour de cassation a pu considérer que c'est parce que la mitoyenneté est un droit de propriété dont deux personnes jouissent en commun que chacun est tenu de contribuer à l'entretien du mur mitoyen¹³⁶⁰. Il est alors

¹³⁵⁶ Celle-ci est définie comme l'obligation liée à une chose qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement) : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2012, V° Obligation réelle.

¹³⁵⁷ Cf. *supra* (n°284).

¹³⁵⁸ Art. 815-13, C. Civ. concernant l'indivision et art. 1421, C. Civ. concernant la masse commune.

¹³⁵⁹ Art. 815-17, C. Civ. qui offre les critères permettant de définir les créanciers de l'indivision et art. 1413, C. Civ. pour les créanciers des époux.

¹³⁶⁰ Civ. 3^e, 20 juill. 1989, Bull. Civ. III, n°173 ; D. 1989, IR 245 ; JCP G 1989, IV, 359 ; RTD Civ. 1990, p. 686, note ZÉNATI. Le Professeur ZÉNATI écrit d'ailleurs à ce sujet que « Bref, si l'obligation réelle existe, on peut faire l'économie de la qualification de la mitoyenneté comme une servitude. Si elle n'existe pas comme institution spécifique, cette qualification devient indispensable. Elle l'est pour rendre compte des devoirs résultant de la mitoyenneté, à commencer par celui de ne pas demander le partage, qu'impose la clause d'indivision perpétuelle introduite par la loi. Elle l'est aussi pour expliquer la significative obligation de contribuer à l'entretien du mur mitoyen. ».

possible d'en déduire que si la mitoyenneté est une indivision forcée et si l'obligation qui pèse sur les copropriétaires d'entretenir le bien indivis est une obligation réelle, alors les dettes de l'indivision doivent être analysées comme des obligations réelles. L'idée est convaincante dans la mesure où, économiquement, dès lors que les indivisaires – comme les époux d'ailleurs – sont intéressés ou profitent de l'obligation contractée par un seul d'entre eux, il serait logique de les obliger également. Il n'en est pourtant rien en droit positif puisque le créancier ne peut réclamer le paiement qu'à son débiteur. Dans aucun des régimes existants, tant pour l'indivision que pour le régime matrimonial légal, le législateur n'a recours à l'obligation réelle¹³⁶¹. Pourquoi ? Une raison théorique et une raison technique s'opposent à l'application de l'obligation réelle pour l'universalité imparfaite. D'un point de vue théorique d'abord, il est inconcevable d'admettre qu'une personne qui n'a pas consenti à une dette puisse être engagée contre son gré¹³⁶². Hors cas de solidarité légale, l'obligation plurale repose, comme pour toute obligation sur la volonté, exprimée ou tacite¹³⁶³. D'un point de vue technique ensuite, le lien entre la dette affectée à la masse et les biens personnels des membres du groupe ne répond pas à la logique de l'universalité juridique. Que peut faire alors le créancier face à un débiteur récalcitrant ? Le droit positif semble offrir des solutions.

2. L'harmonisation des solutions du droit positif

438. Une harmonisation possible des règles des universalités imparfaites ? – Les outils que le législateur emploie dans l'un et l'autre des régimes existants sont variés alors qu'une harmonisation semble possible, tant au stade de l'obligation à la dette (a) qu'à celui de la contribution à la dette (b).

a. Dans les rapports entre créancier et débiteur(s)

439. Harmonisation des règles existantes de cogestion. – Le régime respectif des universalités imparfaites fait apparaître l'emploi de plusieurs techniques pour fonder l'idée

¹³⁶¹ Cette affirmation doit être nuancée car sous le régime légal, l'article 1483 permet au créancier, après dissolution du régime, de poursuivre le paiement de la moitié de la dette contre l'époux qui n'est pourtant pas à son origine. Pour expliquer cette obligation, fût-elle uniquement pour une partie de la dette, il est nécessaire de passer par l'affectation. C'est en effet en raison de sa vocation à récupérer la moitié de l'actif de la masse commune que l'époux qui n'était pas débiteur, le devient. Le bénéfice d'émolument qui accompagne cette règle milite d'ailleurs en faveur d'une telle analyse.

¹³⁶² Une exception notable réside dans les quasi-contrats dont le régime se rapproche considérablement de celui des universalités imparfaites : cf. *infra* (n°443).

¹³⁶³ Entendue au sens large puisqu'il peut s'agir d'un acte juridique, reposant sur une volonté de s'engager, ou d'un fait juridique, reposant sur une volonté de faire.

que chaque membre du groupement, uni aux autres par l'intérêt fédérateur de la masse universelle, est tenu des dettes de l'universalité d'un point de vue réel mais aussi personnel. En premier lieu, le législateur impose, pour la conclusion de certains actes, de recueillir le consentement de tous les membres (ou d'une majorité d'entre eux dans le cas de l'indivision et depuis sa réforme de 2006). Ainsi, l'article 815-3 impose-t-il la majorité des deux tiers pour la conclusion de la plupart des actes d'administration des biens indivis et l'unanimité pour les actes de disposition et assimilés. De la même manière, si le principe de l'article 1421 est celui d'une gestion concurrente, les articles 1424 et 1415 imposent le consentement des deux époux pour la conclusion d'actes considérés comme graves par le législateur. Cette exigence légale de cogestion fait revenir la créance de droit spécial, sous le giron du droit commun des obligations plurales ; en d'autres termes, la dette est une obligation conjointe comme une autre, à la seule différence qu'en plus de pouvoir agir contre chaque codébiteur pour sa part de la dette, le créancier peut par ailleurs se payer, en une fois, sur un bien de la masse universelle. Ce premier élément de régime commun devrait inviter à envisager un corps de règles unique qui gouvernerait l'ensemble des universalités imparfaites¹³⁶⁴. Il semble adéquat pour la construction d'un droit prospectif des universalités imparfaites, de penser à imposer, pour certains actes, de recueillir le consentement de tous les membres du groupe.

440. Généralisation d'une solidarité légale pour les dépenses nécessaires. – Il arrive que des personnes soient tenues de dettes sans le vouloir. D'origine légale, ces obligations trouvent leur source dans un critère de rattachement bien connu de la responsabilité civile. Mais il arrive également qu'une personne soit tenue à une dette contractuelle sans y avoir consenti, c'est-à-dire par le seul effet de la loi¹³⁶⁵. C'est le cas des obligations solidaires qui contraignent une personne, par l'intérêt qu'elle en retire, à payer une dette pour laquelle elle n'a pourtant donné aucun consentement. Par exemple, le droit des régimes matrimoniaux met en place des solidarités légales qui offrent aux créanciers un accès à tous les biens des époux, propres ou communs. Ainsi en va-t-il notamment de la solidarité ménagère de l'article 220 du Code civil. La solidarité serait, selon certains auteurs, une forme

¹³⁶⁴ On notera d'ailleurs que dans les deux régimes, le consentement des membres du groupement peut être recueilli postérieurement à la conclusion de l'acte, ce qui va bien dans le sens d'une harmonisation des règles de l'universalité imparfaite. L'article 1427 permet en effet à l'époux de ratifier l'acte accompli en violation des règles de cogestion et le dernier alinéa de l'article 815-3 suggère que l'information des autres et l'absence de leur opposition à l'acte vaut représentation tacite pour les actes d'administration.

¹³⁶⁵ Les obligations sont présentées comme résultant soit d'un acte soit d'un fait juridique. Dans le premier cas, elles sont le fruit d'une ou de plusieurs volontés, dans le second, elles résultent de la loi : v. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil – Les obligations – Régime général*, Economica 2018, n°1, p. 1.

de représentation entre les débiteurs¹³⁶⁶. Cette solidarité légale n'existe pas pour les indivisaires et se pose alors les questions suivantes : comment expliquer l'absence de solidarité légale entre indivisaire ? Serait-il opportun de la mettre en place ? La répartition des dépenses entre indivisaires, effectuées dans l'intérêt des biens indivis, se règle au moment du partage. Il en va de même pour les époux. Les comptes de l'indivision comme les récompenses permettent ainsi de rétablir un équilibre rompu en offrant à l'indivisaire ou à l'époux qui a effectué la dépense, une créance sur l'indivision ou une récompense. Autrement dit, sans contraindre les indivisaires non-débiteurs à être tenus d'une dette à laquelle ils n'ont pas consenti, le législateur permet de maintenir la juste cohérence entre biens indivis et passif de l'indivision. Le rattachement des dettes de l'universalité imparfaite à l'intérêt commun qui la fédère n'affecte donc pas uniquement les relations entre créancier et débiteur mais également entre les membres du groupe. Mais l'article 220 présume que la dépense faite pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants est nécessairement une dette motivée par l'intérêt commun. C'est cette présomption qu'il serait possible d'étendre à l'indivision en cantonnant le champ d'application de la solidarité. Il serait par exemple possible de prévoir une solidarité légale pour les dépenses de conservation des biens indivis, l'urgence justifiant ici l'extension du droit de poursuite du créancier. Mais *quid* alors des autres dépenses ? *Quid* également des dettes non-ménagères, contractées par un époux seul ?

441. L'impossibilité d'étendre la représentation tacite. – Sans aller jusqu'à la solidarité, le législateur prévoit également, cette fois pour les indivisaires, que ceux-ci sont tous engagés par une dette contractée par l'un d'entre eux et pour les besoins de l'indivision, en vertu d'une représentation tacite. Issue de la jurisprudence, cette idée a été consacrée au dernier alinéa de l'article 815-3 du Code civil. Cette disposition permet de parvenir à une obligation conjointe sans que tous les indivisaires aient expressément consenti à la dette. L'avantage de cette règle pour le créancier réside dans sa possibilité de poursuivre chaque indivisaire en plus de pouvoir se payer sur le bien indivis, alors même qu'il n'a pas contracté avec tous. Une telle représentation, bénéfique pour le créancier, ne semble pas exister – hors cas de solidarité – entre les époux. Il est cependant impossible de mettre en place une présomption de représentation sur les actes relatifs à l'administration des biens communs. En effet, la présomption d'acquêt de l'article 1402 qui élargit considérablement la catégorie des

¹³⁶⁶ D. VEAUX & P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges A. WEILL.*, Dalloz-Litec 1983, p. 547 et s. ; M. DUCHON, *De l'idée de représentation dans la solidarité*, th. Paris 1907 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil – Les obligations – Régime général*, Economica 2017, n°298, p. 283.

biens communs fait obstacle à une généralisation d'une représentation pour de tels actes. Le conjoint se retrouverait engagé pour bien plus de dettes que ne semble le commander l'intérêt commun et le créancier paraît suffisamment protégé par l'extension de son assiette de poursuite aux biens communs (en plus des biens propres) de son débiteur.

442. La protection du créancier au stade de l'obligation à la dette. – La position délicate dans laquelle se trouve le créancier d'une universalité imparfaite se cristallise autour d'une opposition entre ce que lui offre, d'un côté, son droit personnel à l'égard des membres du groupe titulaire de l'universalité et, de l'autre côté, la garantie réelle que ce même droit lui confère. Dans certains cas, la loi lui accorde des moyens pour réaligner ces deux composantes de l'obligation ; dans d'autres cas, elle maintient la distinction. Il arrive ainsi que le créancier d'une indivision ou le créancier d'un époux, n'ait le droit de réclamer paiement qu'à un seul débiteur alors que son droit est garanti par les biens de tous¹³⁶⁷. Or l'opposition ne devrait pas exister car l'obligation est traditionnellement et logiquement garantie par les biens patrimoniaux du débiteur : il ne devrait donc pas y avoir de décalage entre le droit de poursuite et le droit de saisie. En ce sens, le législateur a pris les mesures pour réduire les situations où un tel décalage existerait. L'emploi de techniques similaires suggèrent de pouvoir harmoniser, à défaut d'unifier, les régimes de l'universalité imparfaite, notamment dans l'objectif éventuel de créer un régime nouveau pour la reconnaissance, *de lege feranda*, d'une nouvelle masse universelle imparfaite. Ce qui vaut dans les rapports entre créancier et débiteur, c'est-à-dire au stade de l'obligation à la dette, doit pouvoir s'appliquer également au stade de la contribution à la dette, dans les rapports entre les titulaires de la masse universelle, entre les débiteurs.

b. Dans les rapports entre débiteurs

443. Le parallèle avec les quasi-contrats. – Le rattachement des dettes à un intérêt n'est pas inconnu du droit positif et les quasi-contrats semblent permettre de faire peser des dépenses sur celui qui en a profité¹³⁶⁸. Dans ces différents cas, le lien établi entre la dette et

¹³⁶⁷ On notera d'ailleurs que dans certains cas, l'assiette du droit de poursuite du créancier d'un époux sera plus ou moins étendue selon le degré de « consentement » du conjoint. Ainsi l'article 1415 du Code civil prévoit-il que sans le consentement du conjoint du débiteur, le créancier n'a accès qu'aux biens propres du débiteur. En revanche, si le conjoint du débiteur autorise simplement l'opération, le créancier a alors accès aux biens communs (à l'exclusion des gains et salaires de l'époux non-débiteur) et s'il y consent véritablement, le créancier a alors accès à tous les biens, communs et propres.

¹³⁶⁸ Art. 1301, C. Civ. pour la gestion d'affaire ; art. 1302, C. Civ. pour la répétition de l'indu ; art. 1303, C. Civ. pour l'enrichissement injustifié. L'article 1300 du Code civil qui introduit le sous-titre relatif à ces quasi-

l'intérêt est fondé sur l'intérêt qu'en retire celui qui bénéficie de l'opération, de l'obligation. Fondés sur l'équité, ces mécanismes n'interviennent qu'après désintéressement du créancier¹³⁶⁹ et repose alors sur l'idée d'un remboursement. De façon similaire, les obligations de l'universalité imparfaite s'imposent à leur titulaire en raison de leur rattachement non à un bien mais à l'intérêt fédérateur, à l'intérêt poursuivi par l'opération qui a fait naître la dette¹³⁷⁰. Et comme les quasi-contrats, la répartition de la charge finale de la dette se fait souvent après paiement c'est-à-dire une fois que le créancier est désintéressé. Autrement dit, le rattachement de la dette à l'intérêt fédérateur a une incidence tant dans les rapports entre le créancier et ses débiteurs mais également entre débiteurs. Ces obligations vont en revanche créer un lien avec les biens communs ou indivis que ne permet pas l'obligation née d'un quasi-contrat. Là où celui-ci n'a une incidence que sur les rapports entre débiteurs ou plutôt entre *accipiens* et *solvens*, l'universalité imparfaite offre une assiette de recouvrement plus importante en raison du lien entre la créance et l'intérêt qu'elle sert. De manière plus fréquente que pour les obligations plurales de droit commun, les obligations qui naissent à l'occasion de la poursuite d'un intérêt commun peuvent plus souvent avoir vocation à être réglées par un seul des membres du groupement qui partage cet intérêt, notamment concernant des actes courants de gestion. Ainsi, la dépense utile à l'indivision sera souvent faite par un seul des indivisaires et il en ira de même pour les époux.

444. Comptes d'indivision et récompenses. – Afin de faciliter l'administration des biens communs ou indivis, les règles de gestion de la masse universelle permettent à un membre seul de réaliser des dépenses pour les besoins de la masse. Le rattachement de la dépense à l'intérêt commun ne se fait alors qu'*a posteriori*, c'est-à-dire au moment de la liquidation et sur le même fondement, c'est-à-dire l'équité¹³⁷¹. Dans le régime matrimonial

contrats insiste d'ailleurs sur l'idée d'engagement de « celui qui en profite (du fait purement volontaire) » (nous soulignons).

¹³⁶⁹ La gestion d'affaire va un peu plus loin en engageant le maître de l'affaire dans les actes en lieu et place du gérant. Si la philosophie du mécanisme le rapproche de la stipulation pour autrui, le renvoi au régime du mandat permet d'expliquer ces effets sans remettre en cause l'idée que s'il ne se présente pas comme un représentant au créancier, il doit être personnellement tenu à son égard : Civ. 1^e, 14 janv. 1959, *D.* 1959, p. 106 ; Civ. 1^e, 10 févr. 1982, *Bull. Civ. I*, n°67.

¹³⁷⁰ Les quasi-contrats sont d'ailleurs souvent le remède à l'absence de communauté légale au sein du couple et a donc vocation à s'appliquer dans les régimes séparatistes ou entre concubins. V. par ex. P. HILT, « Les créances au sein du couple : des créances ordinaires ? », *AJ Fam.* 2006, p. 231 et s. ; FR. CHÉNEDÉ, « La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins », *D.* 2017, p. 71 et s. ; A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », *JCP G* 1990, I, 3440.

¹³⁷¹ Par référence expresse dans l'indivision (art. 815-13, C. Civ.) et de manière unanime chez les auteurs concernant les récompenses : v. par ex : FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz 2015, n°644, p. 502 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS & N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso, 2019, n°594 et s., p. 283 et s.

légal comme pour l'indivision, les opérations de liquidation intègrent dans le passif, les dépenses engagées par l'un dans l'intérêt de tous. Les créances et indemnités de l'indivision peuvent ainsi être comparées aux récompenses du régime légal. Les règles d'évaluation de ce rééquilibrage se rapprochent d'ailleurs à un point où il est légitime de penser qu'elles participent de la théorie générale des universalités imparfaites. Les articles 1469 et 815-13 du code civil passent tous les deux par la technique de la dette de valeur puisqu'est prise en compte la plus ou moins-value de la dépense réalisée par l'époux ou l'indivisaire¹³⁷². Ces techniques pour parvenir à un rééquilibrage, toujours intégrées aux opérations de liquidations, permettent ainsi de faire peser la charge définitive de la dette qui a profité à tous, sur chaque membre du groupement.

445. Les traits communs entre universalités imparfaites : la contribution commune. – Toutes les universalités imparfaites reposent sur cette distinction entre obligation et contribution à la dette. Perçues comme des situations temporaires, les masses universelles imparfaites sont destinées à être liquidées et un règlement des comptes est prévu dans chaque régime : le partage de l'indivision et la liquidation du régime matrimonial constituent ainsi des outils permettant de ne pas faire peser le poids de l'intérêt commun sur le créancier d'une part, ou sur un seul des membres du groupe d'autre part. Faire reposer le traitement des dettes de l'universalité imparfaite sur la distinction entre obligation et contribution à la dette permet en réalité un rattachement efficace de l'obligation à l'intérêt fédérateur. La charge définitive de la dette est souvent mise en relation par le législateur avec l'intérêt qu'elle a servi. Ainsi en va-t-il par exemple des recours en contribution pour une dette solidaire où seul l'un des débiteurs est intéressé à la dette¹³⁷³. Il en va de même du mécanisme des récompenses qui repose sur l'intérêt – entendu au sens de profit – que tire(nt) les époux ou le couple, de la dépense faite¹³⁷⁴. Il paraissait naturel alors de passer par la contribution à la dette pour faire respecter le lien entre l'intérêt fédérateur de la masse universelle et l'obligation qui en est issue : derrière l'intérêt commun se cachent les personnes qui le partagent. Ce point commun entre les différentes universalités imparfaites permet de réunifier les règles encadrant l'accès aux biens pour les créanciers. Il pourrait d'ailleurs être

¹³⁷² La référence expresse de l'article 815-13 à l'équité suggère d'ailleurs que les juges peuvent s'inspirer des régimes existants pour évaluer l'existence d'un profit subsistant. En ce sens, la Cour de cassation a déjà pu exiger des juges du fond qu'ils appliquent, en substance, la méthode de l'article 1469 : v. par ex. Civ. &e, 23 mars 1994, n°92-14703.

¹³⁷³ Art. 1318, C. Civ.

¹³⁷⁴ Art. 1433 et 1437, C. Civ.

proposer d'aligner les modes de calcul de l'indemnité de l'article 815-13 sur ceux des récompenses, ce qui permettrait de supprimer la référence, sans doute trop floue, à l'équité.

446. L'intérêt commun, facteur de rattachement de la dette. – L'universalité imparfaite met donc en place un régime qui lui est propre et qui consiste à rattacher le passif à l'intérêt fédérateur de la masse. Ce rattachement emporte alors deux conséquences principales : d'une part, le créancier a un droit de poursuite sur davantage de biens que si son débiteur avait été seul ; d'autre part, les membres du groupement peuvent ne pas être tenu personnellement de la dette mais ils devront y contribuer *a posteriori*, sous la condition que la dette a bel et bien servi l'intérêt qui les réunit. Malgré leurs spécificités, les deux universalités imparfaites, identifiées en droit positif, partagent des similarités qui peuvent inspirer la création d'un nouveau régime pour les situations de communauté.

447. La justification d'une différence de régimes. – Cette première étude des régimes de l'universalité imparfaite révèle l'idée d'une différence dans le traitement des dettes communes. Si une harmonisation semble possible sur certains points, l'unification des régimes existants est en revanche inenvisageable pour plusieurs raisons. D'abord, on notera que les différences qui persistent sont une question de degrés et non de principe : elles ne remettent pas en cause la qualification d'universalité imparfaite et la structure est la même dans la masse commune et dans l'indivision. Ensuite, la distinction est nécessaire puisque la dissolution de la communauté fait apparaître une indivision post-communautaire ; se dégage alors l'idée d'une continuité et non d'une concurrence. Mais des traits communs de régime doivent demeurer possibles. Les deux masses se distinguent car l'intérêt commun des époux est présumé plus fort (par la loi) que l'intérêt commun des indivisaires. Mais les deux techniques servent le même objectif, la gestion commune des biens, la poursuite d'un intérêt unique et la corrélation entre les biens partagés et les dettes.

II. Les moyens d'action du créancier de l'universalité imparfaite

448. Les spécificités des universalités imparfaites. – Les universalités imparfaites font intervenir un élément de complication dans les relations entre le créancier et son débiteur. Ce sont ces spécificités qu'il convient d'analyser et, si possible d'harmoniser. Les difficultés soulevées par l'universalité imparfaite sont liées à la pluralité des sujets qui en

justifient l'existence¹³⁷⁵. C'est notamment le cas lorsqu'un créancier n'a de droit qu'à l'encontre d'un des membres du groupement. Ainsi le créancier d'un seul époux ou le créancier d'un seul des indivisaires n'a pas nécessairement accès à tous les biens de son débiteur (A) et peut se retrouver dans une situation délicate lorsque ce dernier est en procédure collective ou de surendettement (B).

A. Le sort des créanciers en période d'activité

449. L'accès aux biens de la masse : l'insaisissabilité pour les créanciers personnels. – Les articles 815-17 et 1410 du Code civil ferment l'accès aux biens de la masse à certains créanciers. Ceux-ci ne peuvent donc pas saisir les biens affectés à l'intérêt commun. La règle *a priori* simple ne l'est que d'apparence. Que peuvent faire les créanciers dont le débiteur a pour seule richesse les biens affectés ? Le droit de l'indivision leur offre la possibilité de demander le partage et il faut, semble-t-il, s'en satisfaire. Les créanciers des époux, dont les droits sont antérieurs au mariage, n'ont en revanche pas autant de chance¹³⁷⁶. Ils ne peuvent, de toute évidence, demander le partage de la communauté. Leur seule protection réside dans la confusion du mobilier entre masse propre et masse commune. Mais cette situation semble illusoire en réalité puisqu'il semble revenir au créancier de prouver la confusion¹³⁷⁷. Faut-il en déduire que le créancier personnel est amené à ne jamais être payé ? L'exception inhérente à l'article 1410 apporte un élément de réponse : le créancier antérieur au mariage ne peut saisir que les biens propres de son débiteur mais également ses gains et salaires. Certains auteurs interprètent cette disposition comme devant permettre aux créanciers propres d'un époux de saisir tous les biens dont il a « la maîtrise exclusive »¹³⁷⁸. La composition des masses universelles, qu'elles soient parfaites ou imparfaites, est déterminée par une insaisissabilité relative, laquelle repose, non sur la nature des biens, mais

¹³⁷⁵ Ainsi, le Professeur DROSS écrit-il que « Si l'indivision n'a pas la personnalité morale, le statut du passif, tel que l'article 815-17 du code civil l'organise, la dote d'une autonomie patrimoniale véritable qui confine au patrimoine d'affectation. Toutefois, à l'image des dettes des époux durant le fonctionnement de la communauté, l'isolement est loin d'être parfait car, de la même façon qu'aucune dette ne grève les biens communs à l'exclusion du patrimoine propre de l'un ou de l'autre époux, sinon des deux, dans l'indivision ordinaire, aucune dette ne constitue non plus un passif dont l'assiette se cantonnerait aux seuls biens indivis, sans que les biens personnels d'un ou plusieurs indivisaires puissent être atteints. Si l'on ajoute à ce concours d'assiettes le constant écueil d'une confusion des problématiques de contribution et d'obligation à la dette, la matière devient incertaine et les réponses hésitantes. » : *RTD Civ.* 2014, p. 405, note sous Civ. 1^e, 18 déc. 2013, Bull. Civ. I, n°248, n°12-27059.

¹³⁷⁶ Un auteur avait d'ailleurs prédit leur sort en critiquant l'article 1410 : F.M. SCHROEDER, « La ruine des créanciers organisée par la loi : les droits du créancier antérieur au mariage dans le nouveau régime matrimonial », *JCP G* 1969, I, 2291.

¹³⁷⁷ CA Lyon, 16 oct. 1975, *Deffrénois* 1977, art. 31581, p. 1579, note. G. CHAMPENOIS.

¹³⁷⁸ G. CHAMPENOIS, note préc.

sur leur affectation¹³⁷⁹. Or celle-ci apporte des restrictions aux pouvoirs du propriétaire¹³⁸⁰. Dans le cadre des universalités imparfaites, l'affectation se traduit par un partage des pouvoirs sur les biens affectés à l'intérêt commun. De la sorte, il semble logique d'identifier les biens saisissables et insaisissables, pour chaque catégorie de créanciers, sur la base des pouvoirs que les débiteurs ont sur lesdits biens. Autrement dit, il convient de faire le lien entre pouvoirs sur le bien, du point de vue du débiteur, et saisissabilité du bien, du point de vue du créancier.

450. L'apparence d'une propriété individuelle ? – Concrètement, les difficultés apparaissent lorsque le créancier personnel tente de saisir un bien commun ou indivis qui paraît être propriété individuelle de son débiteur ou, du moins, possession exclusive de celui-ci. En d'autres termes, il s'agit de la situation où il est impossible de déterminer l'affectation du bien car, en apparence, l'un des époux ou indivisaire semble être propriétaire exclusif. Cette apparence doit-elle jouer en faveur du créancier saisissant ? En théorie, la présomption mobilière de droit commun, contenue à l'article 2276, devrait jouer en faveur du créancier¹³⁸¹. En ce sens, le créancier personnel d'un époux ou d'un indivisaire devrait en principe pouvoir saisir un bien, pourtant affecté à la masse universelle, s'il pouvait légitimement croire que son débiteur en avait la possession exclusive. Il n'en est pourtant rien en droit positif : dans l'indivision comme dans la masse commune, le créancier saisissant se verra souvent bloqué par une action en distraction, prévue par l'article R.221-50 du Code des procédures civiles d'exécution. Cette procédure permettra au titre de propriété commune ou indivise, de faire tomber la possession exclusive, fût-elle à l'origine d'une apparence trompeuse à l'égard du créancier saisissant de bonne foi. L'absence de protection des créanciers personnels dans les universalités imparfaites peut s'expliquer par le caractère nécessairement temporaire de l'ensemble universel. Mais les créanciers de la masse bénéficient d'un réel avantage.

451. L'opposabilité de la saisie aux autres membres du groupement. – La question du régime de saisissabilité des biens indivis ou communs soulève celle de la défense de l'intérêt commun par les membres du groupe. Lorsqu'un créancier saisit un bien affecté à cet intérêt, il convient de savoir d'où vient la créance qui fonde la saisie pour déterminer qui,

¹³⁷⁹ Cf. *supra* (n°335 et s.).

¹³⁸⁰ Cf. *infra* (n°466 et s.).

¹³⁸¹ C'est d'ailleurs ce qui se passe en l'absence de toute universalité juridique ; le meuble saisi dans la demeure d'un concubin vivant en couple dans un logement unique est présumé être la propriété exclusive du débiteur et il revient à son concubin d'apporter la preuve contraire s'il s'en estime propriétaire : Civ. 13, janv. 1951, *S.* 1951, 1, 192.

parmi les membres du groupement, sera appelé à l'éventuel litige concernant cette saisie. Ainsi par exemple, lorsque le créancier d'un seul indivisaire saisit un bien indivis et qu'une contestation naît de cette procédure, la partie qui cherche à récupérer le bien sera nécessairement l'indivisaire débiteur, celui avec qui le créancier aurait contracté. Mais *quid* alors des autres indivisaires ? L'accès aux biens affectés pour les créanciers communs (créanciers de l'un des époux pendant le mariage ou créancier de l'indivision) leur permet la saisie. De la sorte, même si le créancier n'a qu'un seul débiteur et qu'il ne peut demander le paiement qu'à un seul d'entre eux, il peut en revanche saisir le bien qui appartient à tous. Néanmoins, la jurisprudence exige dans ces cas que les autres indivisaires soient mis en cause pour pouvoir leur opposer la saisie¹³⁸². Qu'en est-il pour les époux ? Les époux n'ont pas à être mis en cause car les créanciers ont accès à tous les biens communs à l'exception des revenus du conjoint. Se pose nécessairement la question des fondements d'une telle différence de traitements entre les universalités imparfaites, notamment pour voir s'il faut la maintenir.

452. La représentation dans les actes de saisie. – Pour y répondre, il est intéressant d'inverser l'angle sous lequel cette question est posée : un époux peut-il s'opposer à la saisie d'un bien commun réalisée par le créancier de son conjoint ? La saisie du bien indivis par le créancier de l'indivision permet-il à n'importe quel indivisaire de s'y opposer ? Est-il possible pour un tiers à la relation obligationnelle d'intervenir à l'instance – en dehors de l'action en distraction – pour contester le bien-fondé de la créance ou le caractère saisissable du bien ? En toute logique, si la saisie n'a d'effet qu'à l'égard de l'indivisaire mis en cause à l'instance, les autres n'ont plus d'intérêt à agir. À l'inverse, si la saisie a vocation à produire tous ses effets sur le bien commun et qu'elle est ainsi opposable au conjoint du débiteur, il devrait être reconnu à ce dernier un intérêt à agir en contestation de la saisie. Rien ne le fonde pourtant en droit, les mécanismes de représentation entre époux étant ici insuffisants¹³⁸³. Mais cette différence de traitements est difficilement justifiable d'un point de vue théorique.

¹³⁸² En ce sens d'ailleurs, la Cour de cassation a rappelé que le créancier de l'indivision peut poursuivre en paiement un seul des indivisaires pour sa part dans la dette ; la décision ainsi rendue n'est pas opposable aux autres indivisaires s'ils n'ont pas été mis en cause : Civ. 1^e, 18 déc. 2013, Bull. Civ. I, n°248, n°12-27059, *AJ fam.* 2014, p. 120, obs. A. DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT ; *RLDC* mars 2014, p. 58, obs. A. PAULIN ; *Gaz. Pal.* 12 févr. 2014, p. 18, note CH. ALBIGES ; *JCP G* 2014. 751, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *RTD Civ.* 2014, p. 405, note W. DROSS.

¹³⁸³ Le seul fondement qui permet à un époux d'agir en lieu et place de son conjoint dans le cas où l'intérêt de la famille est mis en danger est celui de l'article 217 du Code civil. Les autres cas de représentation (des articles 219, 1426, 1429, 1431 et 1432) exigent tous une incapacité physique ou mentale de la part du représenté. Or le domaine de l'article 217 concerne la gestion des biens soumis à cogestion et non des biens soumis à gestion

453. Proposition d'unification. – L'action en contestation de la créance qui fonde la saisie d'un bien indivis est fermée aux autres indivisaires dans la mesure où la saisie ne permet d'éteindre que la part de la dette des indivisaires mis en cause. L'efficacité de la saisie dépend donc des diligences du créancier. Ne serait-il pas plus opportun de permettre à ce dernier de se désintéresser complètement sur le bien indivis dès lors que sa créance trouve sa source dans la poursuite d'un intérêt partagé entre tous les indivisaires ? Il faudrait ainsi admettre que, dans toutes les universalités imparfaites, le créancier, qui peut saisir les biens contenus dans l'ensemble universel, peut être désintéressé en intégralité sur le bien. En contrepartie, il faudrait octroyer à tous les membres du groupement qui partagent l'intérêt commun, l'intérêt à agir pour contester le bien-fondé de la créance ou la saisissabilité du bien¹³⁸⁴.

B. Le sort des créanciers en période de difficultés

454. Des règles propres aux universalités imparfaites. – Parce qu'elles font intervenir plusieurs personnes, les universalités imparfaites soulèvent des difficultés spécifiques lorsque l'un des membres du groupement est soumis à une procédure de faillite, commerciale ou personnelle. Les universalités parfaites ne connaissent pas ces difficultés pour deux raisons étroitement liées : d'une part, la pluralité de sujets n'existe pas, de sorte que l'identification des personnes soumises au dessaisissement n'est pas nécessaire. D'autre part, l'étanchéité de principe qui existe entre toutes les universalités parfaites permet de ne confondre ni les biens, ni les créanciers et de traiter ces ensembles universels de manière autonome¹³⁸⁵. Ainsi, toute procédure concernant une universalité parfaite n'a aucune influence, sauf fraude, sur les autres universalités d'un même titulaire. À l'inverse, les universalités imparfaites soulèvent de véritables problèmes face au droit des procédures collectives. Lorsqu'un seul des indivisaires ou des époux est soumis à une procédure de faillite, plusieurs questions se posent : quelle est l'étendue de la procédure ? Quels biens sont touchés ? Quels sont les pouvoirs des autres membres du groupe ? Quels sont les créanciers

concurrente. En ce sens, ce fondement est insuffisant à permettre au conjoint d'un débiteur d'agir en contestation de la créance si le bien saisi est un bien commun quelconque.

¹³⁸⁴ En ce sens, le professeur CABRILLAC proposait de créer un lien entre la poursuite d'un intérêt commun et l'idée d'une représentation dans les procédures de l'instance à travers l'idée du *litisconsortium* : R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif*, LGDJ 1990, n°760 et s., p. 372 et s.

¹³⁸⁵ C'est d'ailleurs ce que vient de rappeler la Cour de cassation concernant l'EIRL, et ce, en l'absence d'une mention expresse de l'étanchéité par le législateur : Com, 23 oct. 2019, n°18-19952 ; déjà v. Com, 6 mars 2019, n°17-26605.

concernés ? Comment protéger les autres ? Au-delà de ces problèmes concrets, se pose également la question d'un régime unique pour les universalités imparfaites. Est-il possible ? Est-il souhaitable ?

455. Une différence constatée entre indivision et masse commune. – Le droit des procédures collectives a eu à traiter de la question du sort des biens placés dans une universalité imparfaite dans le cas de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'un des indivisaires ou de l'un des époux¹³⁸⁶. Or les solutions proposées dans ces situations semblent bien différentes. Là où l'ouverture d'une telle procédure emporte dessaisissement des biens communs pour les deux époux¹³⁸⁷ et soumet l'ensemble des créanciers (de chaque époux) à la discipline collective¹³⁸⁸, le jugement d'ouverture qui touche l'un des indivisaires n'affecte ni les biens indivis¹³⁸⁹, ni les créanciers de l'indivision¹³⁹⁰. Dans un cas, la masse universelle est épargnée par la procédure, dans l'autre, elle l'intègre et les biens qui ne devraient pas y être soumis ou qui devrait ne l'être qu'en partie, sont ainsi attirés dans la procédure. L'un et l'autre de ces systèmes présentent des avantages et des inconvénients selon que l'on se place du côté des titulaires de la masse – époux ou indivisaires – ou du côté des créanciers – personnels ou affectés. L'indivisaire en difficulté peut avoir contracté une dette pour les besoins de l'indivision. Ce créancier peut-il alors poursuivre le paiement de sa

¹³⁸⁶ Sur le sujet, v. A. LECOURT, « La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille », *RTD Com.* 2004, p. 1 et s. ; S. LAMBERT, « Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective », *RTD Com.* 2007, p. 485 et s. ; A. PERRODET, « Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire », *RTD Com.* 1999, p. 1 et s. ; J. SOUHAMI, « La situation procédurale du conjoint *in bonis* », *D.* 2009, p. 2143 et s. ; H. LÉCUYER, « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux », *LPA* 2003/82, p. 20 et s. ; V. AUSSEL, « Le couple confronté aux créanciers professionnels », *Defrénois* 2016, p. 547 et s. ; F.X. LUCAS, « L'attraction du conjoint *in bonis* dans la procédure collective », *LPA* 2003/82, p. 4 ; L. GRIFFON, « L'extension de la procédure collective au conjoint du débiteur », *Defrénois* 2003/8, p. 493 et s. ; P. RUBELLIN, « Retour sur le statut du conjoint du débiteur commun en biens », *BJED* 2014/01, p. 62 et s. ; C. SAINT-ALARY HOUIN, « Il est temps de repenser la situation du conjoint dans les procédures ! », *BJED* 2016/02, p. 87S. CABRILLAC, « L'impossibilité pour le conjoint indivisaire *in bonis* d'invoquer l'extinction de la créance ou le miracle de l'indivision post-communautaire », note ss Com. 10 mai 2012, n°10-20974, *BJED* 2012/04, p. 248 et s. ; W. DROSS, « L'indivisaire en liquidation judiciaire : quelle protection pour ses pairs », note ss Com. 20 sept. 2017, n°16-14295, *RTD Civ.* 2017, p. 898 et s. ;

¹³⁸⁷ Com. 14 mai 1996, Bull. Civ. IV, n° 129 ; *JCP* 1996, I, 3960, n° 9, obs. PH. PÉTEL ; *Rev. Proc. Coll.* 1996, 427, n° 15, obs. B. SOINNE ; *D.* 1996, Jur. 460, note F. DERRIDA, et Somm. 388, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RTD Civ.* 1996, p. 666, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 1996, I, 584, n° 9, obs. PH. PÉTEL. V. également Civ. 1^e, 10 mai 2006, Bull. civ. I, n° 220 ; *D.* 2006, AJ. 1452, obs. A. LIENHARD ; *RJPF* oct. 2006, n° 10, p. 22

¹³⁸⁸ Art. L.622-21, C. Com. ; Com. 28 janv. 2004, pourvoi n° 02-17.779, inédit, Juris-Data, n° 2004-0222.06. V. également, P. LE CANNU et alii, *Entreprises en difficulté, prévention, redressement et liquidation judiciaires*, éd. GLN Joly, 1994, n° 1767 ; P.M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 3e éd., 2006-2007, n° 714.41.

¹³⁸⁹ Com. 20 sept. 2017, n° 16-14.295, *D.* 2017, p. 1831, *RTD civ.* 2017, p. 898.

¹³⁹⁰ Ainsi, certains auteurs ont pu écrire que « l'objectif affiché par le droit des procédures collectives d'un traitement égalitaire des créanciers est mis à mal par le droit de l'indivision qui les traite différemment selon qu'il s'agisse de créanciers de l'indivision ou de créanciers personnels de tous les indivisaires » : FR. COHET, « Créancier de l'indivision, procédure collective et saisie immobilière », *AJDI* 2019, p. 140.

dette sur les biens indivis dès lors que ceux-ci sont exclus de la procédure ? En l'état de la jurisprudence actuelle, une réponse positive semble s'imposer.

456. Fondements de la distinction. – Les deux universalités imparfaites se rapprochent par leur structure en ce qu'elles permettent la création d'une masse de biens et de dettes corrélés autour d'un intérêt commun à plusieurs sujets. Elles se distinguent néanmoins quant aux pouvoirs que détiennent chacun de ces sujets dans l'exploitation et la gestion des biens contenus dans l'ensemble universel. Comme l'écrit le Professeur LÉCUYER, « la copropriété, certes spéciale, que constitue la communauté, confère à chacun des époux des pouvoirs, normalement pleins et entiers, sur l'ensemble des biens communs. Ces derniers intègrent le périmètre de la procédure, mais ne sont pas à l'abri des actes du conjoint *in bonis*. L'unité de gestion recherchée par le droit des procédures collectives est inexorablement contrariée par la dyarchie qu'organise le droit des régimes matrimoniaux. L'opposition est encore plus radicale parfois. Il suffit d'imaginer la situation où des biens communs, qui font partie de l'actif soumis à la procédure, sont nécessaires à l'exercice de la profession du conjoint *in bonis*. Ce dernier conserve normalement le pouvoir de gérer seul ces biens, tandis que l'organe de la procédure est dépourvu de tout pouvoir sur des biens pourtant compris dans cette procédure.¹³⁹¹ ». De là, la différence de traitement entre indivision et masse commune en droit des procédures collectives, semble pouvoir s'expliquer par la vocation, chez les époux, à pouvoir engager tous les biens communs. Il s'agit donc d'une extension considérable de l'article 2284 du Code civil. Celui-ci dispose que tout engagement est garanti par tous les biens, présents et à venir, du débiteur. Or l'article 1413 du Code civil permet au créancier de bénéficier d'une garantie sur les biens de son débiteur mais également ceux qui ont été acquis par le conjoint de son débiteur. À l'inverse, la composition de l'indivision ne permet pas aux indivisaires d'engager les biens indivis à chaque fois qu'ils contractent une dette. Partant, il semble naturel de ne pas retirer aux créanciers de l'époux débiteur, les biens auxquels ils ont normalement accès (les biens communs) comme il est normal de ne pas offrir aux créanciers de l'indivisaire un accès aux biens indivis alors qu'ils n'y ont pas droit hors procédure collective. La différence entre les deux types d'universalité imparfaite en droit de la faillite réside donc dans la capacité des époux à engager les biens communs, peu importe la dette quand l'indivisaire ne peut engager les biens indivis que si la dette concerne l'intérêt

¹³⁹¹ H. LÉCUYER, « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux », *LPA* 2003/82, p. 20 et s.

de l'indivision. Une fois de plus, c'est le degré de rattachement de la dette à l'intérêt fédérateur qui commande le régime applicable.

457. Possibilité d'unification ? – La différence de traitement des deux universalités imparfaites face à une procédure collective est-elle justifiée ? La masse commune passe par un engagement *a posteriori* des biens à la dette présumée d'intérêt commun alors que l'indivision passe par un engagement *a priori* des biens à la dette dont le rattachement à l'intérêt commun doit être prouvé. Dans l'optique d'un rapprochement des deux régimes, la question revient alors à se demander s'il faut supprimer la présomption de communauté de la dette des époux ou s'il faut présumer la communauté d'intérêt dans toutes les dettes de l'indivisaire.

458. Retour de la distinction entre obligation et contribution à la dette. – Comme pour les époux, les indivisaires sont soumis aux mêmes principes lorsqu'il s'agit des biens de l'universalité. Réunis autour d'un intérêt commun, ces biens sont affectés aux dettes qui servent la poursuite de cet intérêt. Or la dette contractée par un indivisaire pour les besoins de l'indivision, permet d'engager les biens indivis. L'identité des pouvoirs que chacun a, au sein de l'indivision, s'assimile à la gestion concurrente des époux sur les biens communs. En ce sens, l'ouverture d'une procédure collective contre l'un des indivisaires devrait produire ses effets sur les biens personnels mais également sur les biens indivis. Il n'en est rien en réalité car le créancier de l'indivision est créancier de tous les indivisaires¹³⁹². Or la particularité de la dette contenue dans l'universalité imparfaite est qu'elle n'engage pas systématiquement tous les membres du groupe qui est à sa tête. Une fois de plus, il arrive que le créancier ait des droits sur les biens de la masse sans avoir de droit contre toutes les personnes attachées à cette masse¹³⁹³. Il convient alors de prendre en considération cette différence de situation. Dès lors que le créancier de l'indivision ou du couple est créancier personnel de tous les membres du groupe, il semble logique de ne pas lui faire subir les aléas

¹³⁹² Le fait que les créanciers de l'indivision puissent saisir les biens indivis soulève deux questions : « celle de savoir d'abord si le liquidateur peut, à ce prétexte, saisir directement les biens indivis, celle de savoir ensuite si, à défaut, ces créanciers échappent à la discipline collective et peuvent librement saisir les biens indivis. Quant à la première, il est acquis que le liquidateur n'a pas un tel pouvoir qui aurait pour effet de permettre aux créanciers personnels de concourir sur un actif - les biens indivis - attiré par la procédure collective alors même que la loi n'en fait pas l'objet de leur gage. Prévenir un tel résultat exigerait de procéder à un double classement des créanciers selon les biens en cause, seuls les créanciers de l'indivisaire failli ayant également la qualité de créanciers de l'indivision pouvant être colloqués sur le prix des biens indivis saisis. Le système n'irait pas sans susciter de réelles difficultés de mise en œuvre si bien que l'on préfère l'écarter. » : W. DROSS, « L'indivisaire en liquidation judiciaire : quelle protection pour ses pairs ? », note ss. Com. 20 sept. 2017, n°16-14295, *RTD Civ.* 2017, p. 898.

¹³⁹³ Cf. *supra* (n°435).

et la discipline collective qu'imposent les procédures de faillite. En revanche, s'il n'est débiteur que de la personne faillie alors qu'il détient des droits sur les biens de la masse universelle, il doit être soumis à la procédure collective¹³⁹⁴.

459. Les arguments pour une adaptation des règles de la communauté légale. –

Adapter les règles que la jurisprudence semble avoir mises en place concernant la faillite d'un époux marié sous le régime légal implique de faire une sous-distinction, parmi ses créanciers, entre ceux qui détiennent des droits contre le conjoint *in bonis* et ceux qui n'en ont pas. La cohérence entre pouvoirs des indivisaires sur les biens de la masse et effets de la procédure collective sur l'universalité pourrait ainsi trouver un écho dans le régime de la masse commune. Au lieu d'interdire aux créanciers communs toute poursuite contre le débiteur failli, il s'agirait de leur permettre de poursuivre le paiement de leur créance, au moins pour partie, sur les biens communs. C'est d'ailleurs ce qui se passera, dans les rapports entre époux, lors de la dissolution de la communauté. Le désintéressement des créanciers communs ne donnera lieu à aucune récompense quand celui des créanciers personnels est censé ouvrir un droit à une telle récompense¹³⁹⁵. Il s'agirait donc de ne plus faire subir les difficultés de l'entreprise sur le seul époux *in bonis*. Ce serait également soustraire ces

¹³⁹⁴ En ce sens, W. Dross, *ibid.* : « Il devrait en aller différemment en revanche si tous les créanciers concernés par la procédure avaient également la qualité de créanciers de l'indivision (ce qui se produirait par exemple pour un entrepreneur dont le jugement d'ouverture de la procédure suivrait de peu la publication de son divorce en marge des actes d'état civil, v., J.-P. SÉNÉCHAL, *Indivision et redressement judiciaire*, Defrénois 1992. 609 et s., nos 11 et s.). Ce point acquis, doit-on en déduire alors que les créanciers de l'indivision recouvrent nécessairement leur droit de poursuite individuelle ? À défaut de l'admettre, l'ouverture d'une procédure collective les placerait dans une situation d'infériorité patente face aux autres créanciers de l'indivision dont la créance est née du chef d'autres indivisaires *in bonis*, qui pourraient eux librement saisir l'actif indivis pour se faire payer. Ce serait placer ces créanciers en situation d'inégalité. Mais on peut aussi raisonner tout autrement. Qu'est-ce qu'en effet qu'un créancier de l'indivision ? Sans doute pas autre chose qu'un créancier qui a cette particularité de l'être personnellement de tous les indivisaires. C'est précisément cette qualité qui lui permet de saisir la propriété exclusive du bien indivis, laquelle n'est en définitive que le résultat de la saisie du droit de propriété concurrent qu'y tient chaque indivisaire débiteur. On ne s'étonnera pas de ce que la loi permet ici ce qu'elle interdit par principe, à savoir la saisie d'une quote-part indivise. La chose s'explique aisément : tandis que la saisie d'une quote-part fait rentrer l'adjudicataire, autrement dit un étranger, dans la communauté des indivisaires, la saisie de l'ensemble des quotes-parts et leur licitation conjointe lui donne la pleine propriété du bien et le tient dès lors à l'écart de cette même communauté. On aperçoit alors l'obstacle qu'une telle approche élève contre la possibilité qu'aurait le créancier de l'indivision de saisir le bien indivis. S'il ne le peut qu'en qualité de créancier personnel de tous les indivisaires (étant observé que ceux-ci seront personnellement engagés à l'acte conservatoire ou de gestion sur l'idée de mandat tacite ou à défaut de gestion d'affaires) et que l'ouverture d'une procédure collective arrête les poursuites, les biens indivis se retrouvent de facto à l'abri de toute saisie, peu important que le créancier tienne ou non son droit de l'indivisaire à l'encontre de qui la procédure a été ouverte. On sauverait donc, comme précédemment, l'égalité entre ces créanciers, mais sur un principe radicalement opposé, non pas en permettant à tous de saisir les biens indivis en les affranchissant de la discipline collective, mais au contraire en les y soumettant tous. »

¹³⁹⁵ Puisque l'article 1437 exige une récompense là où les deniers communs ont servi à payer une dette qui n'intéressait que l'un des époux.

créanciers de la discipline collective et redonner à l'universalité de droit, son rôle premier, celui d'aménager efficacement leur droit de gage général.

460. L'obstacle à une modification des règles de la communauté légale. – Permettre aux seuls créanciers qui ont pour débiteurs les deux époux de poursuivre le paiement sur les biens communs impliquerait en réalité de soustraire ces mêmes biens de la procédure collective, ne laissant alors aux autres créanciers, que les biens propres de l'époux failli. Le système de rattachement de l'obligation à l'intérêt commun ne se faisant que postérieurement, au stade de la liquidation et par le biais notamment des récompenses, il est finalement impossible de mettre en oeuvre une adaptation acceptable des règles de procédures collectives applicables aux époux. Cette différence de traitement remet-elle en cause l'idée d'un tronc commun de règles pour les universalités imparfaites ? Une réponse négative s'impose car là où les modes de fonctionnement diffèrent en raison du degré de communauté dont l'intérêt fédérateur est assorti, le principe du rattachement est le même et c'est bien l'intérêt commun qui dicte le sort des créanciers de la masse universelle.

461. Conclusion de la section. – L'universalité imparfaite et ses particularités font que les régimes existants semblent suffire pour assurer la protection des créanciers. Néanmoins, des adaptations peuvent paraître opportunes. C'est l'approche des masses imparfaites de manière unitaire qui dicte les lignes directrices d'un droit commun des universalités. Fondée sur une pluralité de volontés poursuivant un même intérêt, l'universalité imparfaite offre à ses créanciers un droit de poursuite sur plusieurs assiettes différentes de biens. L'avantage qu'ils en tirent en période pérenne peut néanmoins leur jouer des tours en période de difficultés. C'est donc à l'endroit des procédures collectives qu'une dissociation des types d'universalités imparfaites semble nécessaire.

462. Conclusion du chapitre. – Les créanciers sont protégés à travers des moyens qu'il faut ranger sous deux corps de règles distincts. La classification établie dans la première partie trouve ainsi une utilité dans la construction de la théorie générale de l'universalité. Celle-ci pouvant être parfaite ou imparfaite, il convient de dissocier, au-delà du tronc commun des règles qui en déterminent les contours, les régimes respectifs de ces ensembles. L'universalité parfaite est une atteinte complète au droit de gage général des créanciers quand l'universalité imparfaite n'en constitue qu'un aménagement spécifique lié à une pluralité de droits concurrents sur les biens. Cette différence fondamentale entre les deux types d'universalité appelle deux régimes de protection des créanciers.

463. Conclusion du titre. – L'objectif premier de l'universalité de droit est la limitation de la responsabilité du propriétaire. Le principe selon lequel les biens du débiteur permettent la garantie de ses dettes trouve alors un obstacle à sa mise en œuvre par la possibilité désormais offerte au propriétaire d'affecter une partie de ses biens à certaines de ses dettes. Cantonner la garantie passe par des effets que produisent toutes les universalités : l'affectation des biens emporte ainsi une insaisissabilité partielle ou relative de ces biens d'une part mais aussi une affectation spéciale des dettes d'autre part. Ce sont ces effets qui fondent la nécessité de protéger les créanciers, premiers concernés par la création d'une universalité. C'est dans le même souci de protection des tiers que le propriétaire, après avoir pris la décision d'affecter, est tenu de respecter l'affectation. Partant, un aménagement de ses pouvoirs semble s'imposer.

TITRE 2ND – L'AMÉNAGEMENT DES POUVOIRS SUR L'UNIVERSALITÉ DE DROIT

464. Libertés et pouvoirs – Le Professeur GRIMALDI écrit, à propos de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net : « la limitation de son obligation au passif emporte logiquement une limitation des pouvoirs sur l'actif : c'est une illustration, parmi d'autres, de la corrélation qui existe entre l'étendue de la responsabilité et l'étendue des pouvoirs¹³⁹⁶ ». Cette logique n'est pas limitée au droit patrimonial de la famille et trouve des illustrations dans chaque domaine du Droit. Les universalités de droit n'y échappent pas : la création de toute masse universelle représente un danger pour les créanciers car elle permet la limitation de la responsabilité du débiteur. La liberté laissée à ce dernier d'aménager l'assiette du droit de poursuite de ses créanciers doit alors s'accompagner d'un aménagement parallèle de ses pouvoirs sur ses biens.

465. L'homme et les choses. – Les liens qu'entretiennent sujet et objet en droit forment la nomenclature du droit civil. Le rapport de l'homme au monde extérieur est une fois de plus au cœur des problématiques de l'universalité de droit. Identifier la nature du lien entre la masse universelle et le sujet de droit est nécessaire pour en déterminer le régime. Il s'agit donc d'analyser ce lien pour fonder, expliquer et justifier les restrictions apportées aux

¹³⁹⁶ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis 2018, n°617, p. 491 ; dans le même sens, C. PÉRÈS & CH. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF 2018, n°646, p. 568 : « à l'obligation *intra vires* de l'héritier correspondent des pouvoirs limités sur le patrimoine successoral. »,

pouvoirs du débiteur sur ses biens. Là où le propriétaire est traditionnellement souverain, le titulaire de l'universalité semble contraint par ses propres choix. L'affectation de ses biens, nécessaire à la limitation de sa responsabilité, s'impose à lui et suggère la création d'un lien nouveau entre la masse et le débiteur. L'analyse de ce lien permettra de conceptualiser la limitation des pouvoirs du débiteurs sur ses biens (CHAPITRE 1). S'intéresser aux rapports du propriétaire et des biens sur lesquels il a une emprise revient également à analyser les liens entretenus entre la masse universelle et son titulaire. Or la nature particulière de l'universalité de droit¹³⁹⁷ implique un rattachement à la personne juridique et s'oppose à sa libre circulation. L'une des principales restrictions dont semblent assorties toutes les universalités de droit réside donc dans l'encadrement spécifique du transfert de son contenu (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 – LA LIMITATION DES POUVOIRS DU DEBITEUR SUR SES BIENS

CHAPITRE 2 – L'ENCADREMENT DE LA TRANSMISSION DU CONTENU DE L'UNIVERSALITE

¹³⁹⁷ Cf. *supra* (n°247)

CHAPITRE 1^{ER} – LA LIMITATION DES POUVOIRS DU DEBITEUR SUR SES BIENS

466. La personne titulaire de l'universalité. – S'intéresser aux effets de l'universalité de droit implique d'étudier le lien qu'entretient le débiteur avec ses biens contenus dans l'universalité d'abord et sur les liens entre le débiteur et l'universalité ensuite. Il s'agit une fois encore de prendre en considération la distinction entre contenu et contenant¹³⁹⁸ et de l'appliquer, non plus aux créanciers¹³⁹⁹ mais au débiteur propriétaire. Or si l'universalité juridique naît d'une double affectation et que toute affectation apporte nécessairement un aménagement du régime juridique de l'objet affecté, c'est que le rapport qu'entretient une personne avec l'ensemble universel dont elle est titulaire doit être spécialement encadré. En d'autres termes, si l'affectation crée nécessairement des restrictions aux pouvoirs du propriétaire sur les objets affectés¹⁴⁰⁰, et si l'universalité de droit repose sur une affectation, alors les pouvoirs d'une personne sur son universalité sont nécessairement restreints.

467. Opposabilité, sécurité juridique, respect de l'affectation. – Aux fondements de ces restrictions se trouve la notion d'affectation. Les actes d'affectation résultent toujours

¹³⁹⁸ Cf. *supra* (n°158 et s.).

¹³⁹⁹ Cf. *supra* (n°351 et s.).

¹⁴⁰⁰ En ce sens, CL. BRENNER, *L'acte conservatoire*, LGDJ 1999, n°737 et s., p. 392 et s. ; FR. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, p. 158 et s. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976, n°13, p. 13 ; R. GARRON, « L'influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.* 1965, Chron. p. 191 et s. ; G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, n°75 et s., p. 125 et s.

d'une décision du propriétaire et ne concernent donc que le rapport entre l'homme et sa chose mais cette décision peut rayonner en dehors de ce seul rapport. L'affectation est opposable aux tiers ; elle crée une situation juridique sur laquelle reposent de nouvelles relations. En ce sens, le propriétaire du bien est tenu, à l'égard des autres, de respecter l'affectation qu'il a choisit pour l'usage de son bien. Parce que l'universalité repose intégralement sur l'affectation des biens d'une personne à la poursuite d'un intérêt déterminé, le respect de cette affectation est un élément central du régime des ensembles universels.

468. L'appréhension juridique du rapport entre l'homme et la chose : le titre et le pouvoir. – Il est traditionnellement enseigné que l'homme, dans son rapport aux choses, assoit sa maîtrise sur le monde qui l'entoure. Mais le Droit ne s'intéresse à cette maîtrise que dans la mesure où elle a vocation à avoir des effets sur les autres hommes. Or l'universalité de droit n'existe que dans le cadre de tels rapports. Sa fonction première étant de permettre l'aménagement du droit de gage général des créanciers, la masse de biens et de dettes naît sur la base d'un lien entre débiteur et créanciers. La maîtrise du débiteur sur l'ensemble universel est donc, dès sa création, assujettie au respect de ce lien entre les personnes. Lorsque le droit des biens enseigne que les pouvoirs découlent du titre¹⁴⁰¹, il faut s'interroger sur la nature de ce titre avant d'analyser les pouvoirs qui en découlent. Quel est le lien entre l'universalité de droit et la personne qui en est à la tête ? Quels sont les pouvoirs que cette personne a sur l'universalité ?

469. Plan. – Contrairement à la propriété classique, le rapport juridique entre l'homme et l'universalité de droit ne se traduit pas par un caractère absolu car il est frappé dès sa naissance, de restrictions importantes (*SECTION 1*). Parmi celles-ci, la plus controversée demeure l'impossibilité pour le titulaire de l'universalité de la céder (*SECTION 2*).

SECTION 1 – LES FONDEMENTS THEORIQUES DE LA LIMITATION DES POUVOIRS

SECTION 2 – L'INCESSIBILITE DES UNIVERSALITES DE DROIT

¹⁴⁰¹ C'est en tant que propriétaire, en tant qu'usufruitier, en tant que bailleur, en tant que possesseur de bonne foi, en tant que titulaire d'un droit réel que les acteurs du droit des biens exercent leurs prérogatives. Chacune de celles-ci sont conditionnées à l'existence d'un « titre », d'un statut à l'égard de la chose sur laquelle porte leurs droits.

SECTION I – LES FONDEMENTS THEORIQUES DE LA LIMITATION DES POUVOIRS

470. Personne et universalité : affectation et titularité. – Le sujet de droit est souvent réduit à une volonté¹⁴⁰². Or l'universalité ne peut exister sans une volonté car celle-ci est à son origine et la doctrine civiliste ne sait penser l'ensemble universel sans sujet à son fondement¹⁴⁰³. Sans revenir sur la confusion de l'être et de l'avoir qui peut être évitée¹⁴⁰⁴, l'universalité de droit doit naître d'une double affectation. Or la notion même d'affectation repose sur une volonté et l'une ne peut aller sans l'autre. Pourtant, l'affectation doit également trouver un moyen d'être reconnue juridiquement. C'est en ce sens que, partant du lien de dépendance, établi précédemment entre universalité juridique et affectation, il convient désormais de s'intéresser aux rapports qu'entretiennent la personne juridique, l'affectation et l'universalité. Parce qu'elle ne peut se passer du sujet de droit, l'universalité juridique doit être liée à la personne et ce lien semble se rapprocher de la propriété sans se confondre entièrement avec elle, ce qui invite à avoir recours à une notion voisine : la titularité (I). Fondée sur le rattachement à la personne, la titularité se heurte cependant au caractère commun des universalités imparfaites (II).

I. Le lien entre universalité de droit et personne juridique

471. Relativité de l'universalité ? – La question précédemment étudiée de l'opposabilité de l'universalité de droit soulève une autre interrogation : celle du lien qu'elle entretient avec la personne juridique. Si la propriété du bien extrapatrimonial n'a pas besoin d'être rendu opposable aux tiers, il est utile de se demander s'il s'agit toujours d'une

¹⁴⁰² V. notamm. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 2005, spéc. p. 45 et s. ; P. MURAT, « Réflexions sur la distinction Être humain/personne juridique », *Dr. Fam.* 1997, chron. 9. Le sujet de droit est envisagé dans le droit moderne dans son sens technique axé sur « son aspect volitif, actif et autonome. Cette nouvelle vision, issue de la philosophie du XVII^e siècle et celle des Lumières, est essentiellement humaniste et individualiste, avec sa prétention prométhéenne, voire héroïque. L'individu humain y devient le centre de l'Univers, le point de départ et d'arrivée de son être, auteur de sa pensée et de ses actes, source absolue de ce qu'il engendre, cause unique de ce qui lui arrive. (...) C'est l'homme de HOBBS, LOCKE et KANT – trois principaux théoriciens de ce qu'on a appelé l'individualisme possessif et volontariste. (...) De nos jours, le concept de sujet de droit comporte trois principales dimensions, à savoir la possession, l'acte de volonté et la responsabilité, et il y a donc trois définitions possibles du sujet, chacune privilégiant l'une d'entre elles. » : C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *Arch. Phil. Droit*, 1989, t. 34, p. 13-14.

¹⁴⁰³ C'est d'ailleurs pour cette raison que la notion de patrimoine est souvent associée aux théories de la personnalité juridique. C'est également pour cette raison que la théorie objective du patrimoine a été largement rejetée par la doctrine française : cf. *supra* (n°37).

¹⁴⁰⁴ Cf. *supra* (n°38 et n°240 et s.).

propriété. Partant, il convient d'éprouver la qualification de propriété concernant ce lien entre la personne et l'universalité (A). Celle-ci est, en tant que bien extrapatrimonial, objet d'une titularité plutôt que d'une propriété, ce qui implique d'étudier la distinction de ces deux notions (B).

A. Inadéquation du lien par la propriété

472. Les difficultés pour définir la propriété. – La propriété désigne plusieurs choses ; elle peut correspondre au droit exercé par la personne sur la chose, au lien entre la personne et la chose, à l'ensemble des pouvoirs d'une personne sur une chose, à la chose appropriée. Historiquement, la propriété était d'abord conçue, à l'époque du Code civil comme un ensemble de prérogatives. De là était né le fameux triptyque *usus, abusus, fructus*¹⁴⁰⁵. Aujourd'hui dépassée, cette théorie a rapidement trouvé ses limites car la propriété demeure face à son démembrement¹⁴⁰⁶. Il est en effet curieux de considérer la propriété comme l'ensemble des prérogatives sur un bien dans la mesure où le propriétaire peut avoir perdu certaines de ces prérogatives ; il n'en demeure pas moins propriétaire¹⁴⁰⁷. Ainsi peut-on lire que « par essence, la propriété est un droit commun. Elle demeure techniquement intacte lorsqu'elle est amputée ou restreinte¹⁴⁰⁸ ». Aussi convaincant qu'aurait pu être la théorie du démembrement de propriété, des théories concurrentes ont vite fait leur apparition. C'est alors GINOSSAR qui vint proposer une nouvelle vision de la propriété en émettant l'idée que la propriété « n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer, que si le propriétaire ne peut toujours la retirer

¹⁴⁰⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 3^e éd., Paris A. Durand & L. Hachette, 1866, n°333, p. 187. L'auteur écrit ainsi que « la propriété confère au maître de la chose tous les droits dont cette chose est susceptible ; la propriété c'est le faisceau de tous les droits réels possibles sur une chose... » (n°471, p. 348-349).

¹⁴⁰⁶ On doit la première critique de la théorie classique au Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 441 et s.

¹⁴⁰⁷ H. AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, t. II, 6^e éd. LEIPZIG & F.A. BROCKHAUS 1868, p. 160 : le droit de propriété ne peut perdre aucun des éléments qui y sont contenus ; sinon il cesserait d'être ce qu'il est et deviendrait un autre droit ». Dans le même sens, J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ 2000, n°95, p. 99 ; CH. ATIAS, *Droit civil – Les biens*, Litec 2005, n°96, p. 67-68 ; A. SÉRIAUX, *Répert. Civ. Dalloz, V°Propriété*, n°84 ; W. DROSS, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD Civ.* 2015, p. 27 et s. ; W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419 et s. ; G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD Civ.* 2013, p. 741 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Droit civil – Les biens*, PUF 2008, n°192, p. 313 ; FR. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. n°67, p. 106 ; M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *art. préc.* ; M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2004, spéc. p. 104 et s. ; FR. DANOS, *Propriété, possession & opposabilité*, *Economica* 2007, p. 3 et s.

¹⁴⁰⁸ CH. ATIAS, *op. cit.*, n°96, p. 67.

effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité.¹⁴⁰⁹ ». L'auteur va pourtant plus loin dans son analyse et voit dans la propriété, les signes du droit subjectif par excellence, notamment l'opposabilité *erga omnes*. Partant de ce constat, l'auteur voit dans la propriété, une relation d'appartenance entre le propriétaire et la chose. Ce lien indéfectible et détaché des considérations temporelles, permet d'expliquer la perte temporaire de la jouissance de la chose par le propriétaire. Il est possible de voir dans cette analyse, un retour à une conception romaine de la propriété. Comme l'écrivait POTHIER, elle constitue « le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tout autre¹⁴¹⁰ ».

473. Les composantes de la propriété. – À en croire l'analyse qui précède, « il faut et il suffit, pour qu'un droit réel s'appelle et soit la propriété, que, pour son titulaire, sur la chose, la liberté d'agir soit le principe.¹⁴¹¹ ». Il ne s'agit donc pas d'énumérer, comme le faisait la théorie classique, les pouvoirs que permettent d'offrir la propriété. Il s'agit plutôt de trouver les éléments qui permettent de donner une définition complète de la propriété, d'identifier les caractères de ce droit, ceux sans lesquels la qualification même de propriété ne peut être retenue. Or s'il est un trait particulier de la propriété sur lequel tous les auteurs s'entendent c'est qu'elle établit d'abord un lien absolu entre la personne et la chose. La *proprietas* n'est-elle pas d'abord ce qui est propre ? Ce lien permet certes de donner au propriétaire différents pouvoirs sur la chose mais la liste de ces pouvoirs ne permet pas de caractériser la propriété, du moins, cette liste ne peut être établie à un moment donné. C'est donc que la propriété, en tant que lien entre la personne et la chose, entre le sujet et l'objet, entre le propriétaire et le bien, n'est pas soumise aux aléas du temps. « C'est cette plongée indéfinie de droit du propriétaire dans le temps que les juristes romains voulaient et qu'on doit toujours exprimer en disant que le droit de propriété est perpétuel, *perpetuum jus* : la propriété est le droit général aux services perpétuels de la chose.¹⁴¹² ». La propriété est donc, en théorie, un lien perpétuel. Plus encore, il y a, dans la propriété, cette idée de plénitude¹⁴¹³ ; elle est non seulement perpétuelle mais également absolue. Plus exactement, elle ne trouve pour limites que les seules caractéristiques de la chose. Le propriétaire a, sur

¹⁴⁰⁹ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris LGDJ 1960, n°12, p. 32. L'apport principal de la thèse de GINOSSAR réside davantage dans l'idée d'une propriété des droits. Notons ainsi que l'objet de notre analyse ici n'est pas de s'interroger sur la possibilité d'être propriétaire de droits mais simplement de déterminer ce qu'il faut entendre par « propriété ».

¹⁴¹⁰ R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris 1772, n°4, p. 9.

¹⁴¹¹ M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *art. préc.*, n°1, p. 444.

¹⁴¹² M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *art. préc.*, n°22, p. 456.

¹⁴¹³ W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°41 et s., p. 83 et s.

son bien, tous les pouvoirs que peut lui offrir la chose¹⁴¹⁴. Enfin et surtout, elle est exclusive. Le triptyque des prérogatives de la théorie classique a finalement cédé sa place à un nouveau triptyque qui traduit le caractère absolu de la propriété¹⁴¹⁵ : elle est absolue dans son étendue, perpétuelle et exclusive.

474. Rôle de la propriété. – Ce dernier caractère de la propriété permet de s'intéresser à la fonction de la propriété : elle est un moyen d'asseoir un lien exclusif entre la personne et la chose¹⁴¹⁶. L'exclusivité appelle alors deux remarques : d'une part, « la propriété pensée dans un rapport à autrui n'apparaît plus seulement comme un pouvoir exercé par une personne sur une chose, mais également comme une forme de relation aux autres¹⁴¹⁷ » ; d'autre part, en tant que lien exclusif, la propriété sert à réserver une valeur susceptible de faire l'objet d'une convoitise de la part des autres. Ainsi définie, la propriété permet de distinguer les choses des biens au sens juridique¹⁴¹⁸. On a vu que l'appropriation est un processus qui permet de réserver la valeur (entendu au sens des utilités comme de la valeur nominale et chiffrée des choses). Or la réservation de la valeur n'a de sens que dans les relations sociales, dans les relations entre les hommes. Mais la distinction précédemment découverte entre les biens patrimoniaux et les biens extrapatrimoniaux invite à s'interroger sur la propriété et son rôle dans la qualification de ces différents biens. Si toutes les choses appropriées sont des biens, alors tous les biens sont liés à la personne par une propriété. La seule qualification d'une chose en un bien juridique devrait suffire pour indiquer l'existence d'une propriété. Néanmoins, en raisonnant de la sorte, la logique est inversée car c'est l'appropriation de la chose qui la fait rentrer dans l'univers du Droit. *Quid* alors des choses qui ne sont pas, ou plutôt, qui n'ont pas besoin d'être appropriées ? Partant de l'hypothèse simple de l'Homme face au monde extérieur, il est aisé de comprendre la nécessité de s'approprier les choses : parce qu'elle est accessible à tous, la chose extérieure a besoin de la propriété pour n'appartenir qu'à un seul. Mais dès lors qu'on s'intéresse aux choses qui sont

¹⁴¹⁴ V. néanmoins sur le caractère absolu de ces pouvoirs : J.P. CHAZAL, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ.* 2020, p. 1 et s.

¹⁴¹⁵ Totalité, perpétuité et exclusivité sont détaillés et expliqués par le Professeur DROSS qui propose une relecture de l'article 544 du Code civil : W. DROSS, *art. préc.*, *RTD Civ.* 2015, p. 27 et s.

¹⁴¹⁶ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil*, t. I, 3^e éd. Sirey 138, n°1471, p. 809 ; FR. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 ; FR. DANOS, *ibid.* ; A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz 2013, p. 6 et s.

¹⁴¹⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°5.18, p. 301. Dans le même sens : M. XIFARAS, *op. cit.*, spéc. p. 87 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583 et s.

¹⁴¹⁸ Cf. *supra* (n°106)

intrinsèquement liées à une personne, celle-ci n'a plus besoin de la propriété pour asseoir sa domination sur la chose puisqu'elle lui est déjà « naturellement » rattachée¹⁴¹⁹.

475. La propriété appliquée aux universalités de droit. – Se demander si l'universalité de droit est objet de propriété revient à s'interroger sur le caractère absolu du lien entre l'ensemble universel et la personne juridique qui est à son commandement. Autrement dit, le lien qui unit la personne à l'universalité de droit a-t-il les caractéristiques d'un droit de propriété ? Il est d'abord indéniable qu'il existe effectivement un lien entre la personne et l'universalité de droit. Comme nous l'avons vu, il ne peut exister d'universalité sans maître car l'ensemble universel existe pour la personne et grâce à elle¹⁴²⁰. Concernant l'exclusivité, il serait, de prime abord, tentant d'affirmer qu'elle n'existe qu'à l'égard de certaines masses universelles, ce qui viendrait exclure la propriété des universalités imparfaites qui sont, par essence, partagées entre plusieurs personnes. De la même manière, la fiducie et ses dérivés (comme l'universalité affectée de l'agent des sûretés) pourraient ne pas être exclusivement rattachés à leur titulaire. Originellement inspiré du *trust* anglo-saxon, on pourrait imaginer une distinction entre la propriété juridique et la propriété économique, respectivement attribuées au fiduciaire et au constituant¹⁴²¹. Ces arguments peuvent être combattus. L'exclusivité existe d'abord lorsqu'il s'agit d'un groupement. Dans l'indivision comme au sein du couple, l'intérêt poursuivi par les membres du groupement a vocation à exclure les tiers, à ostraciser le groupe à l'égard du reste de la société devant laquelle une entité unique apparaît sans que celle-ci ne bénéficie pour autant de la personnalité juridique¹⁴²². Quant à la fiducie, le schéma français s'est détaché du *trust* anglo-saxon en

¹⁴¹⁹ C'est à ce stade du raisonnement qu'il est possible de se prononcer sur la propriété des droits, quoique cette question ne fasse pas partie d'une des étapes de l'analyse de l'universalité de droit. Les droits, réels ou personnels, semblent être opposables mais le régime d'opposabilité diffère selon la nature du droit. Le titulaire d'un droit est libre d'en user ou de ne pas l'exercer. Il est par ailleurs libre d'en disposer, du moins pour les droits patrimoniaux. Tous ces éléments mènent à penser que les droits sont bel et bien objets de propriété. V. sur ce point : J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2012 ; S. GINOSSAR, *ibid.* ; FR. DANOS, *op. cit.*, n°213 et s., p. 236 et s.

Il convient de voir que le lien entre la personne et les droits extrapatrimoniaux ne correspond pas exactement à une propriété mais davantage à une titularité, au même titre que toutes les choses qui sont exclues des universalités juridiques en raison de leur nature : *cf. infra* (n°477 et s.).

¹⁴²⁰ *Cf. supra* (n°38).

¹⁴²¹ En ce sens notamm, FR. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec 2004, n°387 et s., p. 303 et s. ; G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ 1999, n°258 et s., p. 175 et s. ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, 35085 et 35094.

¹⁴²² Le Professeur DROSS écrit ainsi que « si l'on accepte que les indivisaires - notamment au regard des liens familiaux qui les unissent presque systématiquement -, forment une communauté qui existe et que le droit peut saisir comme réalité sans qu'il soit besoin de la réduire à l'individualité via cet artifice technique qu'est la personnalité morale, alors il peut être affirmé sans ambages que la propriété, même indivise, demeure exclusive. Et l'on est d'autant plus légitime à soutenir l'analyse que toute l'évolution du droit de l'indivision, que l'on

refusant la dissociation de deux types de propriétés et en conférant le droit et les pouvoirs qui y sont attachés au seul fiduciaire¹⁴²³. Du point de vue de l'exclusivité, le lien entre la personne et l'universalité de droit ressemble donc bel et bien à une propriété. Il convient ensuite de s'interroger sur le caractère perpétuel de ce lien. L'étude de l'universalité fiduciaire est particulièrement pertinente ici puisque la propriété du fiduciaire est, par définition, temporaire. Une fois encore, il convient de rappeler la distinction qu'offre la technique universelle qui permet de dissocier le contenant et le contenu. Si la propriété des biens contenus dans l'universalité est bel et bien temporaire pour le fiduciaire, elle est en théorie perpétuelle pour ce qui est de l'ensemble. Le droit de gérer et de jouir de l'ensemble universel a, en principe, la même durée de vie que l'universalité même¹⁴²⁴. La « propriété » des universalités de droit partage donc certains caractères avec la propriété des autres biens.

476. Inadéquation de la propriété des universalités de droit. – Le lien entre l'universalité de droit et la personne se distingue en revanche de la propriété lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux pouvoirs qu'offre la propriété d'une part et à sa fonction d'autre part. Si la propriété se définit par sa plénitude et par la maîtrise de la chose, l'universalité de droit ne peut être objet de propriété car son « propriétaire » n'est amené qu'à en gérer les composants mais il ne peut en jouir librement. Au contraire, hormis sa création ou sa disparition, il ne peut accomplir d'autres actes. L'universalité n'a ainsi pas vocation à faire l'objet d'un usufruit, elle ne peut être cédée dans son intégralité à titre onéreux ou gratuit¹⁴²⁵, elle ne peut non plus être donnée en location ou être offerte en garantie. Les restrictions apportées à la jouissance de la chose invitent à penser que contrairement aux objets de propriété, l'universalité de droit est soumise à un régime beaucoup plus restreint, de sorte que le

s'intéresse à la manière dont elle est gérée, dont elle disparaît ou dont les tiers peuvent prétendre y avoir des droits, suit une logique unique qui en éclaire le sens et en révèle la parfaite cohérence : la prise en compte par le législateur de la réalité que constitue la communauté des indivisaires » : W. DROSS, *art. préc.*, *RTD Civ.* 2015. Dans le même sens, v. F.X. TESTU, « Sur la nature juridique de l'indivision », *D.* 1996, p. 176 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, 2009, LGDJ, p. 588 et s. v. également concernant la masse commune : R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la communauté », in *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 583 et s.

¹⁴²³ L'article 2011 du Code civil définit la fiducie comme une opération de transfert de la propriété et l'article 2023 donne ensuite au fiduciaire l'apparence d'une propriété pleine et entière. V. néanmoins R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094 et s. ; A. SÉRIAUX, *Répert. préc.*, n°38 ; B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », in *Mélanges CH. LARROUMET*, *Economica* 2010, p. 297 et s.

¹⁴²⁴ A l'exception de l'hypothèse prévue par l'article 2027 du code civil concernant la révocation du fiduciaire qui manque à ses devoirs.

¹⁴²⁵ Nous avons vu en effet que la « transmission » d'un patrimoine correspond au transfert du contenu avec maintien de son affectation mais pas à un transfert de l'ensemble universel en tant qu'enveloppe : *cf. supra* (n°234) ; v. aussi *infra* (n°533)

caractère absolu du lien qui l'unit à la personne peut être remis en cause¹⁴²⁶. Nous avons déjà vu par ailleurs que ce même lien n'a pas la même fonction que la propriété en ce qu'il ne sert pas à exclure autrui : l'universalité de droit ne peut faire l'objet d'une convoitise extérieure car elle est par nature rattachée à une personne. Il n'y a alors pas de réservation de l'universalité.

B. Le lien par la titularité

477. Nécessité d'une notion de titularité. – Les biens extrapatrimoniaux se distinguent des biens patrimoniaux sur la base de plusieurs critères¹⁴²⁷. Les premiers sont, contrairement aux seconds, rattachés intimement et naturellement à la personne ; ils n'ont donc pas besoin d'être réservés et sont absolument insaisissables. De nombreux arguments s'infèrent de ces différences entre les deux types de biens et permettent d'affirmer que le lien qui unit les biens extrapatrimoniaux à la personne n'est pas un lien de propriété¹⁴²⁸. La plupart des auteurs s'étant intéressés à la question l'ont d'ailleurs compris concernant les éléments du corps humains ou les droits de la personnalité¹⁴²⁹. La Professeure FABRE-MAGNAN écrit ainsi : « il serait (...) particulièrement intéressant d'étudier ces « choses » non patrimoniales, car elles présentent bien évidemment de nombreuses particularités par rapport aux choses patrimoniales. Il faudrait surtout analyser la nature du lien qui unit la personne à ces « choses ». Il y a là un manque certain et important de notre théorie juridique qui conduit les auteurs à avoir une vision impérialiste et expansionniste - à tort selon nous - de la propriété¹⁴³⁰ ». Il faudrait ainsi trouver une alternative à la propriété¹⁴³¹. Les auteurs de la propriété intellectuelle semblent d'ailleurs y voir autre chose qu'une propriété classique. Le Professeur SERIAUX écrit ainsi que « le rapprochement avec la propriété se justifie bien

¹⁴²⁶ V. contra N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, LGDJ 2018, n°67 et s., p. 76 et s.

¹⁴²⁷ Cf. *supra* (n°117 et s.).

¹⁴²⁸ Ce qui est suggéré par certains auteurs : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°234, p. 194-195.

¹⁴²⁹ On peut ainsi lire que « la doctrine a donné une lecture minimaliste de la propriété. Celle-ci peut servir de modèle à l'endroit où elle avait précisément été écartée. (...) On retrouve dans le domaine de la personnalité les caractères traditionnels de la propriété que sont l'exclusivité, l'absolutisme et la perpétuité. » : A. ZABALZA, *Droits de la personnalité*, dir. J.C. SAINT-PAU, LexisNexis 2013, n°47, p. 27-28. Certains parlent d'une propriété spéciale : R. OLLARD, *in Droits de la personnalité, op. cit.*, n°533 et s., p. 324 et s. Dans le même sens, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006, n°257 et s., p. 215 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.* 2006, p. 445 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *art. préc.* ; FR. DANOS, *op. cit.* n°204 et s., p. 222 et s.

¹⁴³⁰ M. FABRE-MAGNAN, *art. préc.*, n°38.

¹⁴³¹ Ainsi, les auteurs ont-ils proposé, pour certains des biens extrapatrimoniaux, de parler de « propriété souple » (I. MOINE, *Les choses hors-commerce*, LGDJ 1997, n°457 et s., p. 299 et s.) ou de quasi-propriété (TH. REVET, *La force de travail – Étude juridique*, Litec 1992, n°350 et s., p. 393 et s.).

davantage par la référence à quelque chose de propre, presque d'intime, qu'inclut le mot « propriété ». Les biens du cœur et de l'esprit, les biens « industriels » entretiennent avec leur titulaire le même rapport direct que les biens matériels. Ces derniers deviennent siens, alors que les premiers sont siens d'emblée. Les uns, il les rapproche de lui ; les autres, il les éloigne de sa personne en les incorporant dans une matière.¹⁴³² ».

478. Titularité des droits et titularité des biens : une différence ? – La notion de titularité est employée par la loi, la jurisprudence et la doctrine sans pour autant renvoyer à une définition claire¹⁴³³. Faut-il en déduire qu'elle fait partie de ces notions souples, capables d'épouser les contours de la situation pour laquelle elle semble nécessaire ? La Professeure FABRE-MAGNAN poursuit son analyse en écrivant que « s'agissant des droits extrapatrimoniaux, il suffit de dire que la personne en est « titulaire » et nul n'a jamais songé à parler de propriété à leur égard. Mais la question des « choses » extrapatrimoniales est plus délicate.¹⁴³⁴ ». Si l'on admet que le droit est objet d'appropriation, qu'il peut être l'objet d'un acte de disposition, de jouissance, que sa valeur peut circuler et être monnayé¹⁴³⁵, il convient de se demander si tous les droits sont objets de propriété. Or, comme les autres biens, une différence entre le patrimonial et l'extrapatrimonial s'impose. Les mêmes critères de distinction s'appliquent d'ailleurs, c'est le rattachement à la personne et la restriction des pouvoirs tant du titulaire (inaliénabilité partielle ou relative) que des tiers (insaisissabilité) qui caractérise le droit – ou le bien – extrapatrimonial. Il est alors possible de voir que si les

¹⁴³² A. SÉRIAUX, *Répert. Préc.*, n°40 : dans le même sens, J. FOMETEU, « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *Lamy Droit de l'immatériel* 2007, p. 87 et s. ; J.S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur : essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ 1996, n° 108, p. 82 ; D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *Arch. Phil. Droit* 1999, p. 65 et s. ; P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », *Arch. Phil. Droit* 1999, p. 61 et s. ; A. PIEDELIÈVRE, « Le matériel et l'immatériel – Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges M. DE JUGLART*, 1986, p. 55 et s. ; J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD & TH. REVET, « De la propriété comme modèle », *Mélanges A. COLOMER*, Litec 199 », p. 281 e s.

¹⁴³³ Il est possible de la définir sommairement comme « le fait pour un individu d'être investi par le système juridique d'une qualité particulière. (...) Cette qualité est très généralement un droit subjectif, sans que le champ de la titularité s'y réduise cependant. » : W. DROSS, V°Titularité, in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017.

¹⁴³⁴ M. FABRE-MAGNAN, *ibid.* Cette question repose en réalité sur un présupposé : celui de la propriété des droits, ou plutôt de son refus. En effet, selon la théorie de la propriété adoptée, les droits peuvent être considérées comme des biens ou comme de simples liens, insusceptible de toute appropriation. Dans le même sens, CARBONNIER écrivait que « se dire propriétaire d'une créance, d'une part sociale, d'un patrimoine, n'est pas d'une langue juridique pure. On est titulaire et non pas propriétaire, parce que ce sont des droits, non des choses » : J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, t. III, Thémis PUF 1995, n°68, p. 141, note 3.

¹⁴³⁵ Les auteurs qui utilisent la titularité comme palliatif à la propriété des choses incorporelles se servent de la distinction traditionnelle, en droit des propriétés incorporelles, entre l'œuvre de l'esprit et son support. L'œuvre serait objet de titularité quand le support serait objet de propriété. L'argument repose sur l'idée que le support peut être cédé indépendamment de l'œuvre. L'argument n'est pas convaincant car il suffit ici de voir deux objets de propriété distincts. En ce sens, J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ 2012 ; I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, th. Montpellier I 2003.

droits extrapatrimoniaux ne sont pas objets de propriété mais d'une titularité et que les droits sont des biens, alors le lien qui unit le bien extrapatrimonial à la personne n'est pas une propriété mais une titularité.

479. Distinction de la titularité et de la propriété. – Là où la propriété semble inappropriée, le concept de titularité paraît pouvoir apporter une solution. Celle-ci doit être perçue comme un simple rattachement d'une chose à une personne¹⁴³⁶. La propriété doit pouvoir être distinguée de la titularité en ce que cette dernière n'implique pas l'exercice des pouvoirs les plus étendus sur la chose mais constituent simplement un lien juridique entre une personne et une chose. En ce sens, la titularité pourrait être assimilée à une propriété incomplète ou bridée. Même en admettant, comme le font les auteurs les plus récents¹⁴³⁷, que la propriété est le pouvoir d'exclure, celle-ci emporte un droit de faire de la chose ce que la loi ou les règlements n'interdit pas. L'analyse moderne de la propriété, tirée de l'article 544, voit ainsi les pouvoirs du propriétaire comme une conséquence essentielle et nécessaire à la qualification du droit de propriété. Au contraire, la titularité permet d'assoir le lien entre la chose et son titulaire sans pour autant l'autoriser à faire ce qu'il souhaite de la chose. Le principe est alors inversé : le titulaire n'aurait droit de faire sur la chose que ce que les lois ou les règlements l'autorisent¹⁴³⁸. Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer la réglementation relative aux dons d'organes et autres produits du corps humain. Ainsi, la circulation des éléments du corps humain n'est-elle possible que dans deux hypothèses : elle doit être à but thérapeutique ou scientifique¹⁴³⁹. De la même manière, la « cession¹⁴⁴⁰ » de l'universalité professionnelle de l'EIRL ne peut être réalisée que sous la condition d'un maintien de l'affectation pour l'universalité du cessionnaire¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁶ E. ROGUIN, *La science juridique pure*, LGDJ – Lausanne 1989, t. II, n°449, p. 47 ; J. LAURENT, *op. cit.*, n°142, p. 114-115.

¹⁴³⁷ Correspondant à la « théorie moderne » de la propriété que l'on doit à GINOSSAR et, plus récemment, au Professeur ZÉNATI, cette thèse a eu le mérite de montrer l'insuffisance de la définition de la propriété comme un ensemble de prérogatives : v. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 ; FR. ZÉNATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. Lyon, 1981 ; et du même auteur, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305 et s.

¹⁴³⁸ En ce sens concernant les éléments du corps humain : A. TADROS, « Le statut du donneur », in *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété – CRDF 2017*, PU Caen, p. 45 et s. ; A.B. CLAIRE, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS 2015*, p. 865 et s.

¹⁴³⁹ Art. L.1211-1, CSP.

¹⁴⁴⁰ Chose intransmissible, le patrimoine professionnel de l'EIRL n'est pas réellement cédé, c'est son contenu que l'on cède : cf. *infra* (n°524 et s.).

¹⁴⁴¹ Art. L.526-16, II, C. Com.

480. La titularité, une *proprietas sans dominum*. – Dans sa thèse sur la propriété, le Professeur ZENATI propose une analyse de la propriété comme seul droit subjectif, permettant la jouissance exclusive du bien, ce qui permet au propriétaire de disposer matériellement ou juridiquement du bien. Il poursuit son raisonnement en affirmant qu'il y a, dans la propriété, une part d'objectivité et une part de subjectivité¹⁴⁴². L'objectivité de la propriété apparaît dans l'exclusivité, dans le lien d'appartenance entre la chose et le propriétaire ou, plus exactement, dans le caractère de la chose d'être propre à une personne. Cet aspect objectif de la propriété est tiré de la *proprietas* romaine qui a « un caractère statique¹⁴⁴³ ». La subjectivité apparaît ensuite dans l'étendue des pouvoirs du propriétaire sur la chose. Elle constitue donc la part de pouvoir d'agir juridiquement sur la chose, conséquence de la face objective et qui correspond au *dominium* romain. Appliquée à la titularité, on peut en déduire qu'elle correspond à une propriété dépourvue de subjectivité, dépourvue des pouvoirs qu'elle semble offrir traditionnellement au propriétaire. En ce sens, la titularité se présente comme une *proprietas* dépourvue de *dominium*.

481. La titularité des universalités de droit ? – Si le bien extrapatrimonial est rattaché au sujet non par une propriété classique (et les prérogatives qui lui sont attachées) mais par une titularité¹⁴⁴⁴, où le principe n'est pas l'exercice des pouvoirs les plus étendus mais au contraire celui des pouvoirs expressément prévus par la loi¹⁴⁴⁵, alors l'universalité de droit est soumise à un tel lien. Aucun des biens extrapatrimoniaux identifiés, ni aucune des universalités de droit ne peut faire l'objet de prérogatives étendues. Leur titulaire se trouve limité, tant du point de vue de leur disposition (surtout juridique puisque la disposition matérielle semble difficile voire totalement exclue pour les universalités de droit qui sont des abstractions), que du point de vue de leur jouissance. Tel sera le cas par exemple des éléments du corps humains qui ne pourront circuler que dans des objectifs motivés par l'intérêt général. Or il se trouve que, parce qu'elle naît d'une affectation, l'universalité de droit connaît, dès sa création, dès sa naissance, des restrictions quant à sa circulation mais également quant à son

¹⁴⁴² FR. ZÉNATI, *ibid.*

¹⁴⁴³ FR. ZÉNATI, *th. préc.*, n°428, p. 593.

¹⁴⁴⁴ C'est Madame FABRE-MAGNAN qui, dans un célèbre article, invite à envisager le lien qui unit les choses extrapatrimoniales à la personne. En rejetant la propriété comme lien unissant de tels objets au sujet, l'auteure propose d'y voir un lien de titularité : M. FABRE-MAGNAN, *art. préc.* v. également quoique plus subtilement, MARQUIS DE VAREILLES SOMMIÈRES, *op. cit.*, *RTD Civ.* 1905, p. 443 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960 ; J. LAURENT, *La propriété des créances*, LGDJ 2012, (spéc. n°107 et s.) ; FR. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *Economica* 2007, n°213 et s. ; I. MOINE, *ibid.*

¹⁴⁴⁵ Cf. *supra* (n°128).

usage c'est-à-dire à sa jouissance¹⁴⁴⁶. Ainsi, le fiduciaire ne peut-il librement gérer le l'universalité fiduciaire sans restriction¹⁴⁴⁷. De même, les époux ne peuvent pas se servir d'une valeur de la masse commune pour des intérêts personnels car ils devront alors récompense au moment de la liquidation¹⁴⁴⁸. La société de gestion d'un fonds commun de titrisation n'est pas chargée du recouvrement des créances cédées malgré la représentation légale dont elle bénéficie pour le compte du fonds¹⁴⁴⁹. Ces limitations, admises et organisées par le législateur, sont inhérentes à la notion d'universalité de droit¹⁴⁵⁰, laquelle ne peut être analysée comme objet d'une propriété pleine et absolue mais davantage d'une propriété brimée et incomplète.

482. Intransmissibilité des biens extrapatrimoniaux. – Par nature insaisissables, les biens extrapatrimoniaux ont cela de particulier qu'ils ne peuvent, par principe, circuler librement, sauf autorisation expresse de la loi. C'est en ce sens qu'il nous a été possible d'affirmer que l'opération désignée sous le nom de « cession de patrimoine » n'est en réalité rien d'autre que l'organisation légale d'une cession du contenu de l'universalité juridique dont le régime correspond à la technique de transmission universelle¹⁴⁵¹. Le Marquis DE VAREILLES-SOMMIERE écrivait d'ailleurs que « le droit n'est rien d'extérieur à la personne qui l'a, rien qui ne soit cette personne même. Le droit est un pouvoir d'agir de la personne, un pouvoir, une puissance d'agir de la personne, c'est, tant qu'il dure, une partie de la personne même, ou, mieux peut-être, une modalité de la personne. Le pouvoir d'agir d'une personne ne peut pas, à proprement parler, lui survivre, ni se séparer d'elle et passer dans une autre personne. Si on soulève les voiles du langage et si on regarde à nu les réalités, il n'y a

¹⁴⁴⁶ Il serait tentant de considérer que tout objet d'affectation n'est pas exclu du patrimoine et que, partant, l'affectation ne suffit pas à rejeter la propriété d'une chose. Mais l'affectation fait obstacle aux droits du propriétaire de manière temporaire d'une part et volontaire d'autre part : c'est le propriétaire qui choisit de se soumettre à une affectation précise du bien. V. à ce sujet : FR. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s.

L'universalité de droit est différente dans la mesure où l'affectation participe de son essence. Par conséquent, le droit exercé sur un tel objet est toujours nécessairement restreint.

¹⁴⁴⁷ Ainsi, le contrat de fiducie doit-il mettre en place un moyen pour le constituant de contrôler la mission du fiduciaire (art. 2022). À défaut, le manquement du fiduciaire à ses obligations est sanctionné par l'engagement de son patrimoine propre (art. 2026) ou son remplacement par décision de justice (art. 2027).

¹⁴⁴⁸ Art. 1437, C. Civ.

¹⁴⁴⁹ Com, 13 déc. 2017, n°16-19681, Bull. Civ. IV, n°163, D. 2018, p. 7 ; *RTD Civ.* 2018, p. 665, comm. H. BARBIER ; *JCP E* 2018, 11, p. 25, comm. J. KLEIN ; *Rev. Banque & Dr.* 2018, 178, p. 22, note TH. BONNEAU ; *Gaz. Pal.* 2018/8, p. 67, note O. SALATI. V. néanmoins l'arrêt récent changeant cette analyse : Com., 9 sept. 2020, n°19-10652.

¹⁴⁵⁰ L'universalité ne pouvant exister sans l'affectation qui est à son origine, les pouvoirs que son titulaire a sur l'ensemble sont nécessairement réduits puisqu'il se doit de respecter l'affectation.

¹⁴⁵¹ Cf. *supra* (n°234 et s.). L'analyse sera approfondie dans la section suivante car la principale restriction qu'apporte l'affectation aux pouvoirs du débiteur réside précisément dans l'impossibilité de céder l'universalité en tant que contenant : cf. *infra* (n°502 et s.).

pas de droit transmissible et pas de transmission de droit. Les phénomènes que le langage simplifie et déguise sous les mots de cession ou de transmission de droit, ce sont, d'une part, la cessation du droit chez la personne qui l'abdique ou qui meurt, et, d'autre part, la naissance chez une autre personne d'un droit tout semblable, que seule la disparition du premier a ménagé la possibilité de surgir.¹⁴⁵² Dans cet article célèbre, l'auteur remet en question la propriété des droits. Là où le résultat est discutable¹⁴⁵³, il est en revanche possible de s'inspirer du raisonnement pour affirmer que le bien extrapatrimonial – et, *a fortiori*, l'universalité de droit – ne peut être transmis. Parce qu'il est rattaché matériellement, juridiquement et symboliquement à la personne juridique, le bien extrapatrimonial n'est jamais transmis¹⁴⁵⁴. Il n'y aurait donc que disparition du lien de titularité d'un côté et naissance d'une nouvelle titularité de l'autre¹⁴⁵⁵.

II. La titularité commune des universalités imparfaites

483. Le maintien d'une distinction entre contenu et contenant. – La propriété des biens de l'universalité parfaite n'empêche pas la titularité de l'universalité même dans la mesure où contenu et contenant doivent être distingués. Appliquée aux universalités imparfaites, ce raisonnement invite à s'interroger sur une éventuelle distinction entre la propriété des objets contenus dans la masse (commune ou indivise) et la titularité de la masse elle-même. Or l'universalité imparfaite est un objet collectif. Sa qualification en un bien extrapatrimonial devrait en principe permettre d'en déduire l'application du régime concordant : elle est objet de titularité plutôt que de propriété. Il existerait donc une titularité commune qui concerne le contenant, aux côtés d'une propriété collective qui concerne le contenu. C'est ce qu'il faut vérifier (A). Mais il semble également, de prime abord, y avoir

¹⁴⁵² M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *art. préc.*, n°17, p. 452.

¹⁴⁵³ La propriété des droits ne peut désormais plus être remise en cause car elle est grandement admise en doctrine, en jurisprudence et elle est surtout consacrée par le législateur dans les textes relatifs aux patrimoines d'affectation. Ainsi, le Code civil énonce-t-il que la fiducie est constituée par la cession de « biens, droits et sûretés ». Redondant, ces termes sont repris par le Code de commerce au sujet du patrimoine professionnel de l'EIRL.

¹⁴⁵⁴ L'intransmissibilité de l'universalité de droit ne doit pas empêcher la gestion de l'ensemble universel par un autre que le titulaire. Ainsi, il est possible d'en confier la gestion à un autre : c'est là le propre du patrimoine fiduciaire mais c'est également possible pour le patrimoine personnel, lequel peut être remis à un administrateur légal (hypothèse de l'absent ou de l'enfant mineur ; hypothèse aussi de dessaisissement en cas de procédure collective ou de surendettement).

¹⁴⁵⁵ Cette analyse de la transmission universelle permet de justifier le recours à une technique spécifique pour permettre la transmission des biens de nature différente et des dettes en un tout. Elle permet surtout d'expliquer le maintien de l'affectation des premiers au second, là où une cession classique ne le permet pas : en ce sens, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2008. Rapp. pour un parallèle avec le transfert de propriété : PH. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété – Le transfert volontaire des biens*, LGDJ 2013.

une incompatibilité entre l'idée d'une titularité de l'universalité imparfaite comme bien extrapatrimonial, c'est-à-dire comme bien rattaché à la personne juridique, et l'idée d'une pluralité de titulaires ou du moins le caractère collectif, inhérent à toutes les universalités imparfaites (B).

A. La distinction du contenu et du contenant des universalités imparfaites

484. – Propriétés collective et commune : un besoin de clarification. – Il est traditionnellement enseigné que les biens de l'indivision sont objets d'une propriété indivise et que ceux de la masse commune sont soumis à une propriété commune. Ces deux notions ne semblent pas faire l'objet d'une définition claire et elles sont souvent conceptualisées à partir de leur régime¹⁴⁵⁶. Partageant une structure commune, les universalités imparfaites identifiées en droit positif révèlent une coexistence entre la propriété du contenu et la titularité du contenant. Masse commune (1) et indivision (2) apportent donc des modifications à la propriété privée car celle-ci portent sur des objets affectés à un intérêt partagé entre plusieurs personnes, ce qui explique la titularité commune de l'ensemble universel.

1. Propriété et titularité de l'indivision

485. Propriétés indivise, collective et individuelle. – La propriété indivise aurait pu être analysée comme une propriété potentielle, détenue par chacun des indivisaires, et ce, sur la totalité du bien indivis ou des biens de l'indivision. Chacun aurait ainsi été propriétaire du tout mais en concours avec d'autres, l'opération de partage déterminant la propriété « finale », en quelques sortes, de chaque indivisaire¹⁴⁵⁷. Conçue de cette manière, il serait

¹⁴⁵⁶ A. COLOMER, *op. cit.*, n°927 et s., p. 437 et s. FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *op. cit.*, n°652 et s., p. 504 et s. ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *op. cit.*, n°606 et s., p. 253 et s. ; P. CATALA, art. préc. ; F.X. TESTU, « Sur la nature juridique de l'indivision », *D.* 1996, p. 176 ; J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision », *Mélanges HOLLEAUX*, 1994, Litec, p. 331 s. ; P. JOURDAIN, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD Civ.* 1987, p. 498 et s. ; C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA* 6 mai 2002, n°90, p. 4 ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 589 et s. ; R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 583 et s. ; G. ROUZET, « Conjugalité et copropriété », *Mélanges G. CHAMPENOIS, op. cit.*, p. 731 et s. ; F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I 2018, n°180 et s., p. 131 et s. L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil*, éd. Arthur Rousseau, t. I, p. 357 et s. ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, LGDJ-Dalloz 2010, p. 589 ; W. DROSS, *ibid.* ; F. DELHAY, th. préc., n°285 et s., p. 423 et s. V. également A. CHAIGNEAU, « Propriété collective », in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017

¹⁴⁵⁷ En ce sens, v. par ex. FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°347, p. 513 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ Lextenso, 2010, n°468, p. 529 ; W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012, n°156 et s., p. 303 et s.

légitime d'y voir une véritable propriété collective, entendue comme le concours de droits de même nature sur un même bien mais surtout sur l'intégralité du bien. Pourtant, la codification de l'indivision, mise en place par le législateur en 1976 et en 2006, a remis en cause cette conception de la propriété indivise. C'est sous l'influence d'une doctrine pesante que cette forme particulière de propriété se conçoit désormais davantage comme la multiplication de droits de propriété individuelle et exclusive sur une quote-part de l'indivision, quote-part dont la consistance devra être déterminée au moment du partage¹⁴⁵⁸. Un basculement semble ainsi avoir été consommé, d'une propriété théorique et globale vers une propriété arithmétique et divisée¹⁴⁵⁹. Si cette approche de la propriété indivise ne permet pas d'y voir une propriété individuelle comme une autre, un rapprochement est pourtant possible.

486. La propriété des biens indivis : la propriété d'une quote-part ? – Une contradiction semble naître de l'approche traditionnelle de l'indivision. Au-delà du flou qui entoure sa définition, la propriété indivise ne connaît pas d'objet précis. Comme l'écrit un auteur, « on ne sait pas trop s'il existe un droit de propriété unique que chacun possède pour une part intellectuelle, ou si chacun a un droit de propriété individuel portant sur une part intellectuelle¹⁴⁶⁰ ». Face à cette obscurité conceptuelle, il convient de partir du droit positif pour tenter de déterminer les droits des indivisaires sur les objets de l'indivision. À s'en tenir à la lecture de l'article 815-9, l'indivisaire peut jouir de la chose indivise comme tout propriétaire peut user de sa chose. Mais dès l'énoncé du principe, l'exception apparaît et une première limite concerne le respect du droit des autres. Plus encore, le second alinéa de l'article poursuit cette ligne directrice en imposant le paiement d'une indemnité en cas d'usage privatif de la chose indivise. L'évaluation de cette indemnité ne se fait pas nécessairement au moment du partage¹⁴⁶¹ et doit être versée à l'indivision même¹⁴⁶². Celle-ci étant dépourvue de la personnalité juridique, il s'agit de réparer le préjudice commun¹⁴⁶³ qu'ont subi les autres indivisaires. La Cour de cassation le comprend d'ailleurs lorsqu'elle

¹⁴⁵⁸ C'est ainsi que le droit de l'indivision est généralement présenté aujourd'hui. V. par ex. FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2018, n°558, p. 455 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2015, n°692, p. 241.

¹⁴⁵⁹ Les mutations de l'indivision en ont d'ailleurs permis d'y voir une nouvelle forme de personnalité juridique. En ce sens, v. notamm. FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 589 et s.

¹⁴⁶⁰ F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I, 2018, n°61, p. 52.

¹⁴⁶¹ Civ. 1^e, 15 avril 1980, *D.* 1981, p. 101, note BRETON ; *RTD Civ.* 1981, p. 173, obs. GIVERDON ; Civ. 1^e, 3 nov. 2005, n°04-11424, *JCP G* 2006, I, p. 127, n°7, obs. PÉRINET-MARQUET.

¹⁴⁶² Civ. 1^e, 26 avril 1988, *D.* 1988, IR 133 ; Civ. 1^e, 27 oct. 1993, n°91-15611 ; Civ. 1^e, 3 oct. 2006, n°04-18435, *D.* 2006, IR 2483 ; *LPA* 25 juin 2007, note CHAMOULAUD-TRAPIERS.

¹⁴⁶³ Et non collectif : cf. *supra* (n°284).

énonce que « si l'indemnité due pour l'occupation d'un immeuble indivis doit revenir à l'indivision, rien ne s'oppose à ce que deux indivisaires concluent une convention d'indivision par laquelle l'un reconnaît devoir à l'autre la part revenant à ce dernier dans l'indemnité d'occupation¹⁴⁶⁴ ». Que faut-il en déduire ? La quote-part représente nécessairement un bien¹⁴⁶⁵, elle en remplit en effet toutes les caractéristiques et doit ainsi être objet d'une appropriation¹⁴⁶⁶. L'article 815-14 du Code civil en prévoit d'ailleurs la cession à titre onéreux. Chaque indivisaire est donc entier propriétaire de sa quote-part¹⁴⁶⁷. Elle constitue donc un bien, qui plus est patrimonial¹⁴⁶⁸. Malgré son insaisissabilité, celle-ci n'est que temporaire car une fois cédée, son produit peut être saisi. Cette insaisissabilité de la quote-part semble trouver sa source ailleurs que dans un rattachement étroit à la personne de l'indivisaire ; autrement, il ne pourrait pas la céder librement¹⁴⁶⁹.

487. Propriété exclusive d'une quote-part, propriété actuelle ou éventuelle ? –

S'il faut admettre l'existence d'une propriété exclusive de la quote-part, reste encore à expliquer son contenu. La quote-part est insaisissable jusqu'au partage car sa consistance en dépend : seule la liquidation de l'indivision permet de déterminer la valeur effective de la part à saisir. Faut-il alors considérer qu'avant ce partage, le bien n'existe pas ? Il est permis d'en douter. Certains prétendent ainsi que la quote-part indivise n'est pas un bien incorporel : ce serait le droit de propriété concurrent qui est cédé et non la quote-part¹⁴⁷⁰. Cette conception

¹⁴⁶⁴ Civ. 1^e, 4 oct. 2005, n°03-19459, D. 22005, IR 2705 ; JCP G 2006, I, 127, n°2, obs. PÉRINET-MARQUET.

¹⁴⁶⁵ Certains auteurs s'opposent à cette qualification et préfèrent ne voir dans la quote-part que l'expression arithmétique des droits sur les biens de l'indivision : v. en ce sens L. JOSSERAND, « Essai sur la propriété collective », *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz 2004, p. 357 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n°160-4, p. 311 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *op. cit.*, n°355, p. 327-328.

¹⁴⁶⁶ Cf. *supra* (n°111)

¹⁴⁶⁷ Refusant l'idée de plusieurs droits de propriété sur une même chose matériellement indivisible, CELSE a, le premier, soumis l'idée d'une propriété exclusive sur des parts idéales et abstraites de la chose : ULPIEN, 18 ad.ed., D. 13, 6, comm. vel contra, 5, 15 ; Dans le même sens, v. notamm. E. MOUY, *Contribution à l'étude de la notion de l'indivision*, th. Lille, 1920 ; R. SALLEILLES, *De la personnalité juridique : Histoire et théories – Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, 1910 rééd. La Mémoire du droit 2003, p. 387 et s. ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, 1900, n°1215 ; R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris, Debure 1722, p. 18-19. G. BAUDRY-LACANTINERIE & M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil – Les biens*, t. VI, Sirey 1899, n°267 ; A. COLIN & H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, Dalloz 1959, n°161 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *ibid* ; Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF 2006, n°347, p. 458.

¹⁴⁶⁸ JOSSERAND écrivait ainsi que « l'indivision, legs fâcheux que nous a transmis le droit romain et qui a pesé lourdement sur le développement de nos institutions, n'est en réalité qu'une propriété individuelle et chaotique, chaque part indivise jouissant vis-à-vis des autres d'une complète autonomie pour faire corps, dans le patrimoine du copropriétaire, avec les droits dont il a la maîtrise absolue » : L. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 358.

¹⁴⁶⁹ S'il est vrai que l'article 815-14 offre aux autres indivisaires un droit de préemption, l'exercice de celui-ci ne s'impose pas à eux, ce qui marque le signe d'une possible indivision sans *intuitu personae*.

¹⁴⁷⁰ W. DROSS, *ibid*. ; l'idée du Professeur DROSS repose surtout sur une incohérence dans l'idée d'une propriété exclusive des parts indivises. En effet, il écrit que « les juristes ont vu dans la quote-part un bien meuble incorporel dont l'indivisaire est propriétaire exclusif et dont il peut disposer librement. Ce dédoublement est théoriquement intenable (par exemple parce que si l'indivisaire n'est propriétaire que de sa quote-part indivise,

de l'opération de cession des droits indivis ne règle pas le problème mais le déplace car à défaut de voir, dans la quote-part indivise, un bien incorporel, il faut ici admettre la cession d'un droit de propriété dont la nature n'est pas plus claire. La cession d'un droit de propriété n'est-elle pas la cession d'un bien ? Le droit de propriété est-il un bien ? S'il faut admettre qu'une chose est bel et bien cédée lorsqu'un indivisaire vend ses droits indivis, qu'importe que cette chose corresponde à une « quote-part » ou à « un droit de propriété concurrent », force est en réalité d'admettre que l'indivisaire cède ici un bien dont le prix est fixé en fonction des utilités que peuvent offrir l'ensemble des biens indivis mais également et surtout de ce que peut espérer le cessionnaire au moment du partage. Admettons donc que la quote-part indivise puisse être considérée comme un bien incorporel. Le problème demeure : ce droit privatif futur correspond-il à un bien présent ? à un bien futur ? à un bien présent dont la valeur est inconnue ? Peut-on alors en déduire que la quote-part est un bien patrimonial à valeur indéterminée¹⁴⁷¹ ? L'idée revient à considérer que chaque indivisaire est propriétaire exclusif d'un objet abstrait dont la valeur d'échange n'est connue qu'au moment du partage. Pourquoi ne pas l'admettre ? La catégorie n'est pas inconnue du droit positif qui en offre d'autres illustrations. On pense notamment aux actions des sociétés sur un marché côté, lesquelles n'ont pas la même valeur d'un jour à l'autre. Il en va de même des choses futures : la chose cédée qui n'existe pas encore n'aura pas nécessairement toutes les qualités escomptées. Aura-t-elle vraiment la valeur que les parties à la cession avaient entendue lui donner ? Est-ce pour autant une raison d'affirmer qu'il ne s'agit pas là d'un bien ? Parce que l'indétermination de sa consistance et de sa valeur n'en empêche pas la cession, la quote-part doit être qualifié de bien, objet d'une propriété privée¹⁴⁷².

alors qui est propriétaire du bien lui-même ?) et induit des effets qu'on s'est pourtant toujours gardé d'en dériver (le partage devrait dans cette approche avoir un effet translatif et non plus déclaratif pour s'analyser en des cessions croisées de quotes-parts). » : W. DROSS, V° Indivision, in *Dictionnaire des biens communs*, op.cit. Mais il est possible de voir dans l'indivision, une véritable propriété de la quote-part s'analysant simplement comme une valeur abstraite indéterminée. C'est alors l'intégration du bien matériel dans la masse abstraite indivise qui permet de faire basculer l'objet du droit de propriété d'une chose matériellement indivisible vers un droit intellectuel abstrait. Le partage ne remettrait pas en cause cette quote-part qui ne serait donc pas cédée mais permettrait de faire rejoindre le droit intellectuel et les choses matérielles contenues dans l'universalité.

¹⁴⁷¹ En ce sens, FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Droit civil – Les biens*, PUF 2008, n°355, p. 527 ; v. également F. COLLARD & J. LAFOND, DIR. CL. BRENNER, *L'indivision*, LexisNexis 2017, n°44, p. 22.

¹⁴⁷² Un dernier argument aurait pu être avancé quoiqu'il ne soit plus d'actualité : « le partage étant de nature déclarative, l'opération révèle des propriétés privatives réputées nées un instant de raison avant son entrée en indivision : elles ont directement succédé à la propriété privée, sans solution de continuité. Tout se passe comme si la présence de l'indivision était rétroactivement effacée : on est passée d'une propriété privative à une autre, sans médiation d'aucune sorte par une phase collective – qui eût été une tache dans le dispositif de l'article 544. ». R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil – 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 320.

488. Propriété de la part et propriété des biens indivis. – La part est donc un bien idéal correspondant à une partie du bien matériel, lequel est indivisible. C’est cette indivisibilité matérielle de la chose qui justifie les restrictions que subit l’indivisaire dans la jouissance de son bien. Parce qu’il détient une part des choses indivises, l’indivisaire est en droit d’utiliser ces choses. Mais parce qu’il n’en détient qu’une part, il doit respecter la jouissance des propriétaires des autres parts. Ainsi, être propriétaire de la quote-part d’une indivision n’emporte pas l’exercice de tous les pouvoirs sur les biens de l’indivision¹⁴⁷³. Comment expliquer ces restrictions ? Depuis la loi du 23 décembre 2006, les indivisaires n’exercent leur droit sur les biens contenus dans l’indivision, pour les actes les plus courants, qu’à la majorité des deux tiers là où l’unanimité était auparavant exigée. Cette évolution semble pouvoir s’expliquer par « le souci de préservation de l’unité de l’objet¹⁴⁷⁴ » : éviter les blocages par un éventuel veto dans la prise de décision revient en effet à faire primer la valeur, l’exploitation ou l’unité du bien indivis sur la volonté d’un ou de plusieurs indivisaires¹⁴⁷⁵. Parce que l’intérêt de l’indivision supprime celui des indivisaires, leurs pouvoirs, sur le contenu comme sur le contenant, sont limités. Plutôt que d’y voir la cotitularité d’un unique droit de propriété comme le suggérait PLANIOL¹⁴⁷⁶, cette limite pourrait trouver sa source dans l’affectation des biens contenus dans l’indivision à la poursuite d’un intérêt commun¹⁴⁷⁷. Or nous avons pu voir que l’affectation a pour effet d’aménager le régime juridique de la chose affectée¹⁴⁷⁸. L’affectation pourrait donc, une fois encore, expliquer les limites aux pouvoirs des indivisaires contenus dans les articles 815-14 et suivants du Code civil. Bien qu’elle soit affectée, la propriété des biens contenus dans la masse indivise reste une propriété individuelle : l’indivisaire peut faire de son bien tout ce que la loi ne lui interdit pas.

¹⁴⁷³ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. X, 3^e éd., Bruylant 1878, n°212, p. 134.

¹⁴⁷⁴ M.L. MATHIEU-IZORCHE, « Quel avenir pour l’indivision ? », in *L’avenir du droit des biens*, LGDJ-Lextenso 2016, p. 95 et s.

¹⁴⁷⁵ Dans le même sens, F. COLLARD & J. LAFOND, DIR. CL. BRENNER, *L’indivision*, coll. Droit & Professionnels, LexisNexis 2017, n°40 et s., p. 20 et s.

¹⁴⁷⁶ M. PLANIOL, *ibid.* ; v. aussi M. PLANIOL & G. RIPERT, par M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, LGDJ 1926, n°286, p. 274.

¹⁴⁷⁷ En ce sens, v. notamm. M.L. MATHIEU-IZORCHE, *ibid.* ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 589 et s. ; PH. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Il était une fois l’indivision familiale... », in *Mélanges J. HAUSER*, LexisNexis-Dalloz 2012, p. 59 et s. ; F. GASNIER, *L’organisation de la liquidation du passif successoral*, Defrénois 2013, n°123 et s., p. 79 et s. ; S. GAUDEMET, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Dr. Fam.* 2016, Dossier 16 ; G. WICKER, « L’entreprise indivise », in *L’indivision – Journées de l’Association Henri Capitant*, Dalloz 2005, p. 49 et s.

¹⁴⁷⁸ Cf. *supra* (n°58)

489. Propriété de la part, titularité de la masse. – Les indivisaires sont à la fois chacun propriétaire d'une part, et tous, propriétaires du tout. Cette contradiction invite, comme le suggère la structure de tout ensemble universel, à dissocier le contenant et le contenu¹⁴⁷⁹. Cette distinction n'est d'ailleurs pas propre aux universalités de droit puisque les universalités de fait répondent de la même idée. Une différence naît cependant entre les deux types d'ensemble universel : là où celle de fait est, par la réunion de biens patrimoniaux, un nouveau bien patrimonial, celle de droit, en ce qu'elle rassemble des biens et des dettes, constitue un nouveau bien extrapatrimonial. Or l'universalité de fait permet un dédoublement de la propriété. Ainsi, le Professeur LIBCHABER écrit-il : « au regard du rapport d'appropriation dont il est ici question, les universalités sont des biens curieux. Contrairement à ce que l'on voit dans les cas d'accession ou de spécification où ce rapport cesse de porter sur les divers biens intégrés pour se recréer en totalité autour du bien nouveau, on assiste ici à une véritable concurrence : le propriétaire des biens étant aussi propriétaire de leur regroupement, il y a dédoublement de l'appropriation qui porte tantôt sur le contenant, tantôt sur le contenu. Cette situation originale se retrouve dans de nombreux cas où on ne la reconnaît plus, comme on le verra à propos de la nature juridique des meubles incorporés. Les universalités ont donc cet éblouissant mérite de soulever la question irrésolue de la frontière spatiale des biens : où commence et où s'achève l'autonomie conceptuelle d'un bien relié à d'autres ?¹⁴⁸⁰ ». Mais la création d'une universalité de droit ne permet pas de créer un nouveau bien patrimonial mais un bien extrapatrimonial¹⁴⁸¹. Il faut alors en déduire que contrairement aux universalités de fait, il n'y a pas dédoublement de la propriété mais, aux côtés de la propriété du contenu, apparaît une titularité vis-à-vis du contenant. Il est finalement possible de voir dans l'indivision une propriété exclusive d'une quote-part abstraite correspondant à une valeur indéterminée, accompagnée d'une titularité commune de l'ensemble qu'il conviendra d'analyser¹⁴⁸². Cette ambivalence du rapport entre la personne et les choses se retrouvent dans l'autre universalité imparfaite identifiée en droit positif : la communauté des époux.

¹⁴⁷⁹ Cf. *supra* (n°234 et s.).

¹⁴⁸⁰ R. LIBCHABER, *Répert. Dalloz Civ.* 2015, V°Biens, n°68.

¹⁴⁸¹ Cf. *supra* (n°247).

¹⁴⁸² Cf. *infra* (n°498).

2. *Propriété et titularité de la masse commune*

490. La propriété des biens communs, une propriété collective. – Les biens communs sont les objets contenus dans la masse commune. Désignés comme les éléments actifs de cette masse par l'article 1401 du Code civil, ces biens sont soumis à des règles particulières par l'effet du régime matrimonial. Selon la nature ou l'affectation du bien, celui-ci peut être soumis à gestion exclusive, à une gestion concurrente ou à cogestion. La loi est claire et la doctrine unanime sur un point : la gestion concurrente de l'article 1421 constitue le principe, de sorte que les deux autres types de gestion n'en sont que les exceptions¹⁴⁸³. Reposant sur un principe d'égalité, la communauté est aujourd'hui souvent présentée comme un « aigle à deux têtes¹⁴⁸⁴ » par la doctrine. De ce constat est donc née l'idée que la communauté légale serait l'une des seules résurgences de la propriété collective en droit positif. Entendu ainsi, le lien qui unit ces différents biens aux époux serait un lien de propriété, de sorte que les deux membres du couple seraient propriétaires ensemble du tout. L'idée est convaincante et emporte d'ailleurs l'approbation majoritaire de la doctrine. Un dernier argument suffit d'ailleurs à convaincre les plus réticents : aux termes de l'article 1413, chaque époux engage tous les biens communs (à l'exception des revenus de l'autre selon l'article 1414) lorsqu'il contracte une dette, même seul. C'est d'ailleurs l'un des premiers intérêts de la masse commune : celle-ci permet d'augmenter le pouvoir financier des époux pris isolément¹⁴⁸⁵. Autrement dit, il semble nécessaire de reconnaître aux époux une propriété collective sur tous les biens communs pour justifier les pouvoirs d'administration et de disposition mais aussi le pouvoir d'engager ces biens à la garantie de leurs obligations respectives.

491. Fondements de l'idée d'une propriété collective. – Marquée par le sceau du partage, la communauté est une véritable mutualisation des ressources de chaque époux au service du couple et/ou de la famille. Parce qu'ils semblent tous deux en avoir la jouissance et la disposition de manière exclusive, du moins à l'égard des tiers, les époux semblent

¹⁴⁸³ V. par ex. FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz 2015, n°473, p. 376 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso 2017, n°412, p. 192 ; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, Précis Domat, LGDJ-Lextenso 2017, n°222, p. 190 ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°347, p. 513 ; B. BEIGNIER, *Droit des régimes matrimoniaux, du PACS et du concubinage*, LGDJ-Lextenso 2018, n°118, p. 158 ; I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ-Lextenso 2017, n°397, p. 229.

¹⁴⁸⁴ A. COLOMER, « Commentaire de la loi de 1985 », *Defrénois* 1986, art. 33711.

¹⁴⁸⁵ En ce sens, G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Mélanges J. FLOUR*, Defrénois 1979, p. 33 et s. ; R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois-Lextenso 2012, p. 583 et s., spéc. p. 589.

titulaires des mêmes droits sur les mêmes biens. Détenteurs des mêmes pouvoirs, ils sont aussi encerclés par les mêmes limites. Pourtant le régime légal français est également irrigué par un principe d'indépendance. La théorie selon laquelle les époux seraient propriétaires en commun des biens désignés par les articles 1401 et 1402 du Code civil repose sur cette égalité d'administration c'est-à-dire sur les pouvoirs que chacun des époux a sur lesdits biens¹⁴⁸⁶. A y regarder de plus près, la gestion concurrente des époux sur les biens communs semble se réduire à des hypothèses bien théoriques et permet de douter de l'existence concrète de cette propriété collective.

492. Le domaine réduit de la gestion concurrente pour les actes de disposition. –

Le principe de gestion concurrente posé à l'article 1421 s'accompagne de nombreuses exceptions relevant à la fois du régime légal dans les articles qui suivent mais aussi du régime primaire imposés à tous les époux. La recherche d'un équilibre entre égalité et indépendance dans les réformes de 1965 et 1985 a poussé le législateur à diminué fortement le domaine de la gestion concurrente tant du point de vue des actes que des objets qui y sont soumis. Il faut d'abord remarquer que seuls les actes d'administration et de conservation peuvent véritablement être pris par l'un ou l'autre des époux sans le consentement du conjoint. Quant aux actes de disposition, ceux-ci se retrouvent très limités puisque, sous le régime légal, les articles 1424 et 1425 permettent de soustraire de la gestion concurrente les actes de disposition à titre gratuit concernant tous les biens communs mais aussi les actes à titre onéreux s'agissant des immeubles, des parts sociales non-négociables, des fonds de commerce et des biens immatriculés. Par ailleurs, le régime primaire prévoit une gestion exclusive des gains et salaires de chacun des époux¹⁴⁸⁷. Enfin, les tiers qui contractent avec un époux seul sont également protégés par les apparences d'une propriété exclusive puisqu'ils jouissent de la présomption mobilière¹⁴⁸⁸ et de la présomption bancaire¹⁴⁸⁹. C'est ainsi que le tiers acquéreur d'un meuble dépendant de la communauté peut se prévaloir de cette présomption, au-delà de celle de l'article 2276, pour protéger la validité de l'acte de vente alors même que le bien commun vendu par un époux avait été acquis par l'autre. Ainsi,

¹⁴⁸⁶ FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? », *op. cit.*, p. 591 ; L. JOSSERAND, *op. cit.*, spéc. p. 378.

¹⁴⁸⁷ Art. 223, C. Civ.

¹⁴⁸⁸ Art. 222, C. Civ.

¹⁴⁸⁹ Art. 221, C. Civ.

au regard des actes de disposition¹⁴⁹⁰, il ne reste à vrai dire plus grand bien pouvant rentrer dans le domaine de l'article 1421.

493. La remise en cause de l'idée d'une propriété collective. – Si la théorie de la propriété collective appliquée aux droits des époux sur les biens communs repose sur les pouvoirs que chacun d'eux ont sur l'actif commun et si ces pouvoirs se trouvent, en pratique, avoir une portée très réduite – qui peut être justifiée autrement par ailleurs –, ne peut-on pas soumettre l'idée qu'il ne s'agit pas réellement d'une propriété collective ? À l'image des biens indivis, les biens communs pourraient simplement être objet d'une propriété individuelle et surtout d'une propriété affectée¹⁴⁹¹. Ne pourrait-on pas admettre que le bien acquis au cours du mariage par un époux seul reste la propriété exclusive de celui-ci, son entrée en communauté ne remettant pas en cause ce titre mais le soumettant à une affectation légale ? Les aménagements qu'apporte le régime matrimonial au régime de la propriété des biens tiennent en effet à deux choses : les limites au droit de disposer du côté de l'époux propriétaire et l'ingérence autorisée de l'autre époux sur les mêmes biens. Or l'une comme l'autre de ces adaptations peut s'expliquer par l'affectation imposée par les articles 1401 et 1402 du Code civil. Autrement dit, au lieu de voir, dans l'intégration des biens à la masse commune, la soumission de ces biens à une propriété collective, il s'agirait d'analyser la qualification de bien commun comme celui qui est affecté à l'intérêt commun du couple¹⁴⁹². Cette affectation ne remet pas en cause le lien de propriété exclusif qui unit l'époux acquéreur au bien mais offre à son conjoint un pouvoir d'immixtion dans sa gestion¹⁴⁹³. Force est

¹⁴⁹⁰ S'intéresser aux seuls actes de dispositions est ici nécessaire dans la mesure où si un époux peut disposer seul d'un bien, il faut alors lui reconnaître un droit de propriété dessus puisque nul ne peut perdre sa propriété sans le vouloir, sauf cas d'expropriation (art. 544 et 545, C. Civ.).

¹⁴⁹¹ Les Professeurs MALAURIE & AYNÈS écrivent ainsi que le droit commun, qui fait correspondre gestion du bien et propriété, doit être écarté lorsqu'il s'agit de la communauté et ce, pour deux raisons : « d'une part, parce que, comme tout autre régime matrimonial, elle est dominée par une des caractéristiques essentielles de l'association conjugale : les différents biens des époux sont affectés aux besoins du ménage ; selon les époques, afin de parvenir à cette affectation, chacun des époux se voit confier un rôle particulier dans la gestion des biens conjugaux. D'autre part, en raison des caractéristiques même de la communauté ; elle n'est la propriété ni de l'un ni même des deux époux ; qui va donc la gérer ? » (nous soulignons) : PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso 2017, n°400, p. 185.

¹⁴⁹² Ce qui rejoindrait les théories relatives à la nature de la masse commune en doctrine : v. notamm. R. LIBCHABER, art. préc.

¹⁴⁹³ En ce sens, un auteur écrit : « La répartition de l'actif et la gestion des biens constituent deux questions distinctes qui reposent sur des enjeux différents : la répartition de l'actif est une question de propriété tandis que la gestion des biens est une question de pouvoirs. Les règles de répartition de l'actif délimitent rigoureusement les droits revenant à chaque patrimoine, en vue de la dissolution future du régime et de sa liquidation. Les règles de gestion déterminent les pouvoirs reconnus à chaque époux sur les biens du couple, pendant toute la durée du mariage. L'enjeu de la gestion est donc d'assurer, au jour le jour, une gestion dynamique et efficace des biens dans l'intérêt des époux et des tiers. Dans cette optique, on comprend que les règles de gestion puissent déborder les règles de propriété et qu'un époux ait le pouvoir de conclure des actes sur des biens dont il n'est pas propriétaire ou seul propriétaire, pour répondre aux nécessités de la vie commune.

d'ailleurs de voir que cette conception de la propriété des biens communs s'éloigne du sens que donnent aujourd'hui les auteurs à ces choses qui sont la propriété de plusieurs lorsqu'ils désignent les biens communs¹⁴⁹⁴.

494. Une analyse plus cohérente avec l'évolution du régime matrimonial. – Antérieurement au juste équilibre trouvé par le législateur dans sa loi de 1985 (instaurant la gestion concurrente), le mari était seul administrateur de la communauté et les actes qu'il accomplissait s'imposait à l'épouse. Mais ses pouvoirs étaient liés à son titre : ce qui était dans la masse commune lui appartenait et c'est pour cette raison qu'il avait plein pouvoir dessus. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il n'avait aucun pouvoir sur les biens réservés de l'épouse. L'instauration d'une égalité complète a permis de donner aux deux époux pleins pouvoirs sur tous les biens communs mais s'est alors créée une dissociation entre pouvoirs et propriété. Les textes ne font pas apparaître les fondements de ces pouvoirs, ils ne font que permettre aux deux époux de faire ce qu'ils souhaitent des biens communs tant que l'acte sert l'intérêt commun. Comment expliquer ce phénomène ? Du point de vue du droit commun, il est possible d'observer que d'un côté, la propriété s'accompagne des pouvoirs les plus étendus sur la chose¹⁴⁹⁵. Donc si les deux époux ont pleins pouvoirs sur les biens communs, ils doivent être considérés comme propriétaires de ces biens¹⁴⁹⁶. D'un autre côté, nul ne peut être contraint de céder ou d'acquérir une propriété¹⁴⁹⁷. Plus encore, la dissociation entre propriété et pouvoirs sur les biens communs est communément admise mais elle donne souvent lieu à une justification de la propriété collective, ou du moins commune, plutôt qu'à une explication de l'affectation des biens aux besoins ou aux envies du ménage ; or c'est là le but premier de l'association conjugale¹⁴⁹⁸.

À l'inverse, une parfaite coïncidence entre propriété des biens et pouvoirs sur ces biens paralyserait la gestion des biens. » : M. GRIMALDI, *Dalloz Action – Droit patrimonial de la famille*, Dalloz pratique 2018-2019, n°13.02, p. 121.

¹⁴⁹⁴ En ce sens, M. CORNU, *V° biens communs*, in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017.

¹⁴⁹⁵ Art. 544, C. civ.

¹⁴⁹⁶ Tous les auteurs s'accordent pour exclure ici l'idée d'une représentation puisque l'époux qui conclut l'acte relatif au bien est seul engagé : v. par ex. I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, LGDJ-Lextenso 2010, n°423, p. 256 ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *op. cit.*, n°412, p. 188 ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *op. cit.*, n°475, p. 380 ; R. CABRILLAC, *op. cit.*, n°222, p. 190-191. V. également, J. SOUHAMI, *Le conjoint du contractant*, PUAM 2005, spéc. n°235 et s., p. 197 et s. ; C. BURDAIRE-MIGNOT, *Le contractant marié*, Defrénois 2009, spéc. n°66 et s., p. 49 et s.

¹⁴⁹⁷ Art. 545, C. civ.

¹⁴⁹⁸ Un auteur avait ainsi écrit : « La circonstance que les époux auront dû, peut-être, gagner leur subsistance isolément en dehors du foyer, n'empêchera point d'ailleurs que l'exigence de collaboration ne reprenne ses droits lors de l'utilisation des sommes qu'ils vont ainsi percevoir, comme aussi pour tout ce qui concernera l'acquisition, l'utilisation et la conservation des biens de tous genres qui formeront le cadre matériel de leur

495. Une analyse plus proche de la réalité. – Quels sont finalement les biens communs dont un époux peut disposer seul ? Il s’agit des biens meubles détenus individuellement (pour lesquels jouent les présomptions des articles 223 et 2276). Dans ces situations, tout est fait comme si l’époux vendeur était seul propriétaire du bien et en faire une propriété collective n’apporte rien à l’analyse, même du point de vue de l’appauvrissement de la masse commune qui en bénéficie puisque d’une part, le produit de vente est commun et, d’autre part, le système des récompenses permet éventuellement de compenser cette perte de valeur. Ne reste alors que deux hypothèses : la vente des biens détenus par les deux époux et celle des biens appartenant, en théorie, à l’autre époux. Or dans l’un comme dans l’autre cas, la réserve de la fraude prévue à l’article 1421 empêche en réalité toute gestion du bien qui appartiendrait ou serait détenu par le conjoint. C’est d’ailleurs sans doute ce qui explique l’absence de contentieux dans ce domaine : il ne viendrait jamais à l’idée d’un époux de vendre les biens détenus par son conjoint, quand bien même ceux-ci seraient communs¹⁴⁹⁹. Quand bien même il le ferait, l’immixtion prévue à l’article 1421 peut être justifiée par une présomption : celle d’agir dans l’intérêt commun¹⁵⁰⁰. Un dernier argument milite en faveur de cette analyse. La distinction entre le titre et la finance, propre à la matière des régimes matrimoniaux, permet en théorie de dissocier la qualification du bien et les pouvoirs que les époux peuvent avoir dessus. Si la propriété collective du bien commun était admise, cette distinction n’aurait pas de sens et il faudrait faire du bien commun, un bien propre à charge de récompenses. L’idée en revanche d’affecter la valeur du bien à la masse commune mais de soumettre sa gestion aux seuls pouvoirs d’un époux permet d’attester de l’existence de cette affectation d’une part et de justifier l’aménagement du régime induit par le caractère personnel du bien d’autre part. Autrement dit, la distinction entre le titre et la finance correspond simplement à l’exclusion de la règle de la gestion concurrente, c’est-à-dire de l’immixtion du conjoint dans la gestion des biens de l’autre.

496. Une analyse qui s’impose par l’affectation de biens communs à une universalité parfaite. – L’introduction des nouvelles universalités parfaites en droit français

existence commune. L’emploi judicieux de ces sommes, la sauvegarde de ces biens, les intéresseront tous deux également, les unes et les autres étant nécessaires à la réalisation des fins en vue desquelles ils se sont unis. Cela est spécialement vrai, à notre époque où les familles doivent pouvoir compter sur les gains des époux ou de l’un d’eux, plus que sur les fortunes acquises. Il convient donc que le législateur prenne les mesures indispensables pour sauvegarder l’affectation de ces biens à la communauté de vie familiale » (nous soulignons) : J.G. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux – Travaux de la deuxième Journée d’études juridiques Jean DABIN*, éd. Bruylant 1966, n°23, p. 20.

¹⁴⁹⁹ En ce sens, I. DAURIAC, *op. cit.*, n°424, p. 257, note 11 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n°136.141 et s., p. 180-181.

¹⁵⁰⁰ En ce sens, C. BOURDAIRE-MIGNOT, th. préc., n°292, p. 194.

permet à celui qui décide de créer une universalité professionnelle ou fiduciaire d'affecter des biens communs ou indivis à la poursuite d'un intérêt spécifique qui lui est pourtant propre. Cohérent avec l'idée que les masses imparfaites peuvent se cumuler avec les universalités parfaites, cette possibilité milite également en faveur d'une relecture du lien qu'entretiennent les époux avec les biens qui composent la masse commune. Si l'affectation requiert bien le consentement du conjoint, il offre aussi un pouvoir exclusif sur le bien affecté à l'époux EIRL, ce qui rapproche le bien commun à un objet de propriété individuel davantage qu'à une propriété collective¹⁵⁰¹.

497. La distinction du contenant et du contenu appliquée à la masse commune. –

Le législateur vise à protéger les tiers en aménageant les pouvoirs des époux sur les biens communs. Il n'est jamais question, dans les textes, de faire des biens communs, les objets d'une propriété collective. Seule la masse en elle-même est commune, et son unique fonction est de permettre de créer un gage général, une garantie aux créanciers, qui serait plus intéressante que si les époux étaient seuls¹⁵⁰². En ce sens, il est possible de voir dans la masse commune, la mise en commun de biens au service de l'assiette d'un droit de gage général plus intéressant pour les créanciers au profit de chacun des époux. Cette affectation des biens ne devrait pas remettre en question le titre de propriété que détient l'époux acquéreur sur son bien. C'est ainsi que lors de l'acquisition, par un époux seul, d'une voiture ou d'un immeuble, seul le nom de l'époux acquéreur apparaît sur l'acte et, conséquemment sur le titre de propriété. En revanche, parce qu'il s'agit d'un bien acquis au cours du mariage, il est automatiquement et par l'effet de la loi, affecté à l'intérêt commun du ménage, justifiant un aménagement dans le régime auquel le bien est soumis. Ainsi, les limites aux pouvoirs de l'époux propriétaire d'une part et l'immixtion du conjoint d'autre part, trouvent leur fondement dans cette affectation à l'intérêt commun¹⁵⁰³. Elles se traduisent ensuite techniquement par une distinction entre la propriété du contenu et la titularité du contenant car chacun des époux a une vocation à engager la masse commune entière et chacun est également tenu des dettes qui y figurent. Il suffit, pour s'en convaincre d'observer la

¹⁵⁰¹ En ce sens, J.P. SÉNÉCHAL, « L'affectation de biens communs ou indivis », *BJED* 2011/003, p. 62 et s.

¹⁵⁰² E. MEYNIAL, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD civ.* 1903, p. 811 et s. ; L. MASSE, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, th ; Paris 1902 ; L. JOSSERAND, *op. cit.* ; et dans une certaine mesure, R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la communauté », in *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 583 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n°159-2, p. 307-308 et n°163-4, p. 317-318.

¹⁵⁰³ En ce sens, un auteur a justement écrit que les pouvoirs des époux sur les biens communs sont, comme tout pouvoir, finalisés, orientés vers un but et doivent, ainsi, être soumis à un certain contrôle : C. BOURDAIRE-MIGNOT, *th. préc.*, n°50, p. 35.

jurisprudence relative à la procédure collective d'un époux. La Cour de cassation a pu énoncer que si le dessaisissement frappe l'ensemble des biens, y compris les biens communs, c'est en raison de l'article 1413 qui engage l'intégralité de la masse commune lorsqu'un époux contracte une dette. C'est donc bien l'affectation des biens communs à la garantie des dettes du couple qui fonde cette solution ; il n'est jamais fait mention d'une propriété collective¹⁵⁰⁴.

B. La justification d'une pluralité de titulaires : l'intérêt commun

498. Le paradoxe d'une « titularité commune ». – Au-delà de la distinction entre le contenu et le contenant, le caractère imparfait de l'universalité soulève également la question de son lien avec la personne juridique. En tant que bien extrapatrimonial¹⁵⁰⁵, l'universalité de droit est objet de titularité¹⁵⁰⁶. En revanche, l'universalité imparfaite est une chose collective¹⁵⁰⁷ et ne peut donc être rattachée à une personne unique. Faut-il alors considérer la possibilité d'avoir plusieurs titulaires d'un bien extrapatrimonial ? N'y a-t-il pas un paradoxe à parler de bien extrapatrimonial concernant une chose rattachée à plusieurs personnes ? « Propre et commun sont des contradictoires¹⁵⁰⁸ » écrivait POTHIER. Or la singularité du bien extrapatrimonial réside dans son caractère éminemment personnel. Pourtant, à l'analyse, ces universalités imparfaites sont toujours liées à des groupes de personnes déterminées et unies par un lien particulier. Les liens qui unissent ces personnes sont souvent particulièrement intimes¹⁵⁰⁹, ce qui empêche la circulation de l'ensemble indivis ou commun et explique par exemple le droit de préemption¹⁵¹⁰ ou celui de substitution¹⁵¹¹ de l'indivisaire à l'occasion de

¹⁵⁰⁴ Com, 24 mars 2015, n°14-16535, *Rev. proc.coll.* 2015, p. 53, note C. LISANTI.

¹⁵⁰⁵ Cf. *supra* (n°247).

¹⁵⁰⁶ Cf. *supra* (n°477 et s.).

¹⁵⁰⁷ Les deux universalités imparfaites identifiées en Droit positif (l'indivision et la masse commune) sont souvent présentées ensemble comme deux formes de propriété collectives : A. COLOMER, *op. cit.*, n°927 et s., p. 437 et s. ; FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *op. cit.*, n°652 et s., p. 504 et s. ; PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *op. cit.*, n°606 et s., p. 253 et s. ; P. CATALA, art. préc. ; F.X. TESTU, « Sur la nature juridique de l'indivision », *D.* 1996, p. 176 ; J. PATARIN, « La double face du régime juridique de l'indivision », *Mélanges HOLLEAUX*, 1994, Litec, p. 331 s. ; P. JOURDAIN, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD Civ.* 1987, p. 498 et s. ; C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA* 6 mai 2002, n°90, p. 4 ; FR. ZÉNATI, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz - LGDJ, 2009, p. 589 et s. ; R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 583 et s. ; G. ROUZET, « Conjugalité et copropriété », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, *op. cit.*, p. 731 et s. ; F. MASSON, *La propriété commune*, th. Paris I 2018, n°180 et s., p. 131 et s.

¹⁵⁰⁸ R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, éd. Deburre Paris 1772, n°16, p. 17.

¹⁵⁰⁹ FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz 2018, n°558 et s., p. 455 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n°159, p. 106 ; J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ-Lextenso 2010, n°491, p. 563-565 ; D. TALLON, « Retraits et préemptions », *RTD Civ.* 1951, p. 208.

¹⁵¹⁰ Art. 815-14, C. Civ.

¹⁵¹¹ Art. 815-16, C. Civ.

la cession d'une quote-part¹⁵¹². Quant à la masse commune, celle-ci est fondée sur le lien matrimonial qui unit les époux et qui ne peut, par essence, être modifié sans dissolution du mariage. En ce sens, l'ensemble universel, formé par l'indivision ou la masse commune, peut être analysé comme un bien extrapatrimonial unique, rattaché à plusieurs personnes poursuivant un intérêt commun. Autrement dit, rien ne s'oppose à une titularité commune de l'universalité imparfaite.

499. Cohérence de l'actif avec le passif. – Le patrimoine permet de créer un lien entre la personne et ses biens d'une part et, entre les biens du débiteur et les créanciers d'autre part. Toute universalité de droit vise un aménagement de ces différents liens, de sorte que la création d'une universalité de droit emporte nécessairement des conséquences sur la propriété, les obligations et les rapports entre débiteur et créancier. Dans cette optique, la particularité de l'universalité imparfaite se révèle et dévoile l'idée d'une modification des rapports entre créancier et débiteurs. Caractérisée par une pluralité de sujets, l'universalité imparfaite ne peut exister que s'il existe une communauté d'intérêt. Or celle-ci implique la présence d'au moins deux personnes, ce qui amène à s'interroger sur le sort des dettes contractées dans la poursuite de l'intérêt commun par une seule de ces personnes. Le Code civil apporte des éléments de réponse en dissociant l'obligation et la contribution à la dette. Ainsi, la dette contractée par un seul des époux est considérée comme commune dans le sens où son créancier peut poursuivre le paiement sur les biens communs mais un seul des deux époux est débiteur de la prestation¹⁵¹³ – ce qui va dans le sens de l'analyse de la dette préalablement développée : la dette est le contenu obligationnel qui se détache de la garantie qu'offre le droit de poursuite des articles 2284 et 2285 du code civil¹⁵¹⁴. De la même manière, lorsqu'un indivisaire contracte une dette pour les besoins de l'indivision, son cocontractant peut certes saisir les biens de l'indivision mais il ne peut demander le paiement qu'à son débiteur. Un parallèle entre propriété et obligation est donc possible. Une voiture peut tomber dans la masse commune alors même qu'un seul des époux a le permis de conduire, de sorte

¹⁵¹² Malgré la disparition du retrait d'indivision, ces deux droits – de préemption et de substitution – permettent, en théorie de maintenir l'indivision dans un cercle fermé et intime. La mutation de l'indivision conventionnelle à durée déterminée en une indivision à durée indéterminée dès lors qu'un tiers intègre l'indivision (art. 1873-12, al. 2, C. Civ.) en est d'ailleurs la preuve puisque, conséquemment, les indivisaires retrouvent leur droit de demander le partage à tout moment (art. 1873-3, C. Civ.).

¹⁵¹³ Cette idée est tirée de l'effet relatif des contrats d'une part et par la combinaison des articles 1410, 1411 et 1414 du code civil qui limite le droit de poursuite du créancier aux biens propres de l'époux débiteur et aux biens communs à l'exclusion des gains et salaires du conjoint.

¹⁵¹⁴ Cf. *supra* (n° 136 et s.).

que seul le nom de cet époux apparaît sur les papiers : il en est seul propriétaire. Il faut alors peut-être dissocier le bien de sa valeur.

500. Propriété affectée du contenu et titularité du contenant. – L'intérêt de la dissociation entre le contenu et le contenant est d'expliquer la cessibilité du contenu – tant que la cession est compatible avec l'intérêt commun qui fédère la masse – malgré l'incessibilité du contenant, laquelle se justifie par le caractère *intuitu personae* de la masse fédérée par un intérêt que seuls les membres du groupe partagent. À l'image de toute universalité, un dédoublement du lien juridique d'appartenance se produit ici : la propriété du contenu s'accompagne de la titularité du contenant et les contours de chacun de ces liens diffèrent selon la situation envisagée. La propriété du contenu offre un droit d'accès aux utilités du bien quand la titularité du contenant offre une vocation à la valeur des biens contenus dans la masse. Assimilable à la distinction anglo-saxonne entre *equitable ownership* et *legal ownership*, la dissociation de la propriété et de la titularité offre un cadre plus précis de lecture des relations entre universalité de droit et personne juridique¹⁵¹⁵.

501. Conclusion de la section. – Toute universalité naît d'une double affectation, celle des biens à la poursuite d'un intérêt identifié d'une part et celle de ces mêmes biens à la garantie des dettes issues de la poursuite dudit intérêt d'autre part. Or l'affectation qui est au fondement de l'universalité juridique résulte toujours d'une volonté, légale ou individuelle. Cette affectation est rendue opposable par un moyen de publicité. Mais cette opposabilité emprunte son régime à l'acte qui instrumente la création de l'universalité. En ce sens, l'existence d'un ensemble universel ne bénéficie pas forcément de l'opposabilité *erga omnes* dont jouit la propriété. Le lien qui unit la personne et l'ensemble universel ne correspond d'ailleurs pas exactement à une propriété au sens de l'article 544 du Code civil. En tant que bien extrapatrimonial, l'universalité de droit est objet de titularité mais pas de propriété. La titularité, sorte de propriété diminuée, semble appropriée pour décrire le lien établi entre une personne et les biens extrapatrimoniaux car elle est, par nature, limitée et ne remplit pas le rôle d'une réserve. Reposant donc sur la personne juridique par l'affectation, l'universalité de droit existe à travers elle sans se confondre avec elle. En ce sens, la qualification de bien extrapatrimonial semble cohérente car elle permet de voir dans

¹⁵¹⁵ Dans le sens d'un tel rapprochement, W. DROSS, V° Titularité, in *Dictionnaire des biens communs, préc.* : « sur le modèle du découpage des domaines éminents et utiles que l'on a connu en France sous l'Ancien Régime et qu'évoque aussi en Angleterre, dans le contexte tr_s particulier de l'émergence de l'*Equity* aux côtés de la Common Law, la distinction de l'*equitable ownership* et du *legal ownership*, la titularité exprimerait l'investiture purement formelle de la qualité de maître d'une chose, détachée de toute jouissance directe. ».

l'ensemble universel, une chose qui, tenue à distance de la personne, lui est pourtant intimement liée. Cette proximité entre la masse et la personne suggère son inaccessibilité.

**SECTION 2 – RESTRICTIONS QUANT À LA CESSIBILITÉ DES UNIVERSALITÉS
DE DROIT**

502. Les fondements de l'incessibilité de l'universalité juridique. – Envisagé comme un bien extrapatrimonial, l'universalité de droit doit être soumise à un régime spécifique. Technique particulière d'affectation des biens et des dettes, la masse n'est pas objet de propriété, elle se présente davantage comme un instrument que comme un objet. L'aménagement du droit de poursuite des créanciers vient modifier le rapport de confiance qui s'établit normalement entre deux contractants. La garantie qu'offre le débiteur pour le paiement de ses dettes est tributaire du rattachement des biens ou des dettes à l'intérêt fédérateur de l'universalité juridique. Or, parce qu'intérêt et volonté sont étroitement liés et parce que les liens obligationnels se construisent en considération de la personne du débiteur, l'universalité de droit ne peut en principe être détachée de la personne. En ce sens, elle doit être considérée comme incessible. Cohérent avec les liens qu'entretiennent les notions d'universalité, de personne, de titularité et de propriété, ce caractère incessible des ensembles universels constitue la principale restriction aux pouvoirs du débiteur sur le bien qu'il crée.

503. Les nuances de l'incessibilité de l'universalité juridique. – L'incessibilité de l'universalité de droit ne vise en revanche que le contenant, que l'enveloppe car c'est celle-ci qui est et qui doit être conçue comme une technique d'aménagement du droit de poursuite des créanciers. Le contenu en revanche n'est pas incessible ; au contraire, les biens qui y figurent sont justement des biens patrimoniaux c'est-à-dire des choses qui sont destinées à circuler dans un commerce juridique. En ce sens, la transmission d'une universalité doit être autorisée là où sa cessibilité est impossible. Si la nuance peut paraître inutilement complexe et théorique, elle a la vertu d'offrir une approche cohérente et complète de la notion d'universalité de droit. Une fois admis la distinction entre contenant et contenu (I), reste alors à déterminer comment transmettre le contenu intégral, dettes incluses, d'une masse universelle (II).

I. L'incessibilité du contenant

504. Objectif de cohérence. – La construction de la notion d'universalité juridique amène à s'interroger sur les actes que son titulaire peut accomplir dessus. Rejeter l'idée d'un lien de rattachement qui passe par la propriété et retenir plutôt la titularité impose de se

demander si, comme pour les biens appropriés, les biens titularisés peuvent, ou non, faire l'objet d'une aliénation. Les théories, assez récentes, admettant la cessibilité, entre vifs, des patrimoines semblent militer en faveur d'un rapprochement, voire d'une appropriation des ensembles universels. Mais tout, de sa structure à sa nature, en passant par sa fonction et son fondement technique, semble davantage encourager une lecture prudente de ces modes de cession (A). Ceux-ci peuvent en réalité être justifiés, une fois encore, par la distinction inhérente à la notion d'universalité juridique entre le contenu et le contenant, ce qui permet d'affirmer que les cessions d'universalité – qu'on peut appeler transmission universelle – ne concernent que la transmission du contenu mais jamais du contenant (B).

A. Le rejet des théories de la cession de « patrimoine »

505. Justification théorique de la cessibilité du patrimoine. – Pendant longtemps, le patrimoine a été perçu comme incessible ; la justification de cette position résidait alors dans l'idée qu'il ne pouvait être cédé du vivant de la personne puisqu'il se confondait avec elle¹⁵¹⁶. Dès lors qu'est admise la dissociation de l'universalité et de la personne qui en est titulaire¹⁵¹⁷, l'obstacle tombe et la cession doit, selon cette thèse, être de nouveau admise. Sont apparues ensuite les thèses qui ont permis de dissocier le patrimoine et la personne juridique, permettant par là même de voir dans le patrimoine un objet de droit plutôt qu'un sujet. De là est alors née l'idée qu'en tant que chose le patrimoine pourrait être cédé¹⁵¹⁸. Rapprochant les deux catégories d'universalités – de fait et de droit – l'idée principale de ces thèses revient à considérer que la réunion d'éléments divers dans une même enveloppe ne sert finalement qu'à permettre la transmission du tout dans une seule et même opération¹⁵¹⁹. Cette interprétation avait d'ailleurs été rendue incohérente avec l'assimilation du patrimoine avec la personne à travers la fiction de la continuation de la personnalité du *de cuius* en droit

¹⁵¹⁶ CH. AUBRY & CH. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. ZACHARIAE*, §577, p. 242 ; A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, Defrénois 2008, n°90, p.44. En un sens, v. également J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1990, n°200, p. 158.

¹⁵¹⁷ Cf. *supra* (n°210 et s.)

¹⁵¹⁸ En ce sens, v. notamm. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2018, spéc. n°125 et s., p. 134 et s. ; C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003, spéc. p. 359 et s. M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XII, 2010, n°42, p.53.

¹⁵¹⁹ Embrassant cette similitude des universalités, certains auteurs vont jusqu'à considérer que « ce n'est pas l'unicité du propriétaire qui fait – en dehors du patrimoine – l'universalité, mais l'unité de disposition. C'est l'acte juridique d'aliénation ou d'administration, qui fait naître le portefeuille de titres, le fonds de commerce et toutes les autres universalités. L'unité de gestion comme l'unité de disposition font de biens épars un bien unique ayant sa vie juridique propre » (nous soulignons) : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°136, p. 209 ; v. également FR. ZÉNATI, *RTD Civ.* 1999, p. 422). V. dans le même sens, A. NALLET, *La notion d'universalité – Etude de droit civil*, th. Lyon III 2019.

des successions. Ainsi, la transmission du patrimoine aux héritiers ne remettait pas en cause son identité avec le sujet de droit puisque ces héritiers continuaient la personne du défunt¹⁵²⁰. Malgré une dissociation des notions, certains continuent à penser que le patrimoine et, plus généralement, toute universalité peut être transmis(e) en tant qu'ensemble, en raison du tout qu'il ou qu'elle forme.

506. Justification technique de la cessibilité du patrimoine. – Absente du droit positif pendant longtemps, la transmission d'une universalité de droit entre vifs n'était admise que pour les personnes morales. C'est donc vers le droit des sociétés qu'il convient de se tourner pour identifier les mécanismes qui mettent en œuvre une telle cession. En cas de fusion-absorption, de scission ou d'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, le législateur et la jurisprudence ont contribué à l'élaboration d'un régime permettant le transfert d'une universalité juridique. C'est ainsi que la Professeure ROCHFELD écrit : « le patrimoine est transmis, à la société ou à la personne bénéficiaire, comme un tout, c'est-à-dire comme un ensemble, et non comme une addition d'éléments isolés.¹⁵²¹ ». Nombreux sont ainsi ceux qui ne voient désormais aucun inconvénient à céder une universalité de droit comme s'il s'agissait d'un bien patrimonial.

507. La cessibilité de l'universalité contredit sa nature. – Faire de l'universalité juridique un bien cessible revient à considérer qu'il peut intégrer le commerce juridique sans pour autant être saisissable. La saisissabilité étant le critère permettant de faire le départ entre bien patrimonial et bien extrapatrimonial¹⁵²², la cessibilité de l'ensemble universel ne semble pas, de prime abord, incompatible avec sa nature, avec sa qualification de bien extrapatrimonial. En ce sens, rappelons qu'un bien peut être insaisissable et pourtant cessible. Tel est le cas par exemple de la quote-part indivise. Mais il convient de rappeler également que le bien extrapatrimonial se caractérise par son rattachement presque naturel ou inné de la chose à la personne¹⁵²³. Or le titulaire d'un bien extrapatrimonial, en le cédant (lorsque la loi l'autorise) crée une distanciation entre lui et la chose, de sorte que le rattachement est alors supprimé. Le bien cédé passe d'une chose rattachée à une personne spécifique à une chose comme les autres ; il passe de l'extrapatrimonial au patrimonial, d'où l'idée d'une

¹⁵²⁰ O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne comme principe de transmission à caractère universel*, th. Paris 1902 ; P. CAZELLE, *De l'idée de continuation de la personne*, th. Paris 1905, J.P. CHAUX, *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, th. Paris 1969 ; FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE & S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, Précis Dalloz 2014, n°904, p. 808.

¹⁵²¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2011, n°6.10, p. 363.

¹⁵²² Cf. *supra* (n°125 et s.).

¹⁵²³ Cf. *supra* (n°128 et n°477 et s.).

porosité des frontières¹⁵²⁴. Appliquée à l'universalité de droit en tant qu'ensemble unique, en tant qu'enveloppe, il est difficile de l'envisager comme un bien pouvant passer d'une qualification à l'autre par la cession. Deux hypothèses sont envisageables parmi les exemples du droit des sociétés : l'universalité de droit qui est cédée peut disparaître ou demeurer en tant que bien extrapatrimonial. Dans le premier cas, les biens et les dettes contenus dans la branche d'activité, dans le patrimoine de la société absorbée ou dans celui de l'entreprise cédée, intègrent directement le patrimoine de la société cessionnaire ou absorbante¹⁵²⁵. Autrement dit, l'universalité cédée, en tant qu'enveloppe, disparaît et son contenu intègre une autre universalité juridique déjà existante. Dans la seconde hypothèse – celle qu'on retrouve d'ailleurs dans les modes actuels de cession des « patrimoines affectés » –, les biens et dettes cédés demeurent fédérés par un intérêt distinct de l'intérêt général et indifférencié du cessionnaire, de sorte que l'enveloppe semble subsister mais demeure séparée du patrimoine légal tant du cédant que du cessionnaire¹⁵²⁶. Dans ce dernier cas, l'universalité conserve tous ses caractères, notamment son insaisissabilité absolue car l'ensemble universel n'est pas plus saisissable chez le cessionnaire qu'il ne l'était chez le cédant. Il faut donc conclure que s'il existe bien des flottements permettant de faire passer un bien extrapatrimonial dans la catégorie des biens patrimoniaux par le biais d'une distanciation entre l'objet et son titulaire, tel n'est pas le cas de l'universalité de droit qui est et sera toujours insaisissable. Sa nature de bien extrapatrimonial devrait donc en empêcher la cession entre vifs.

508. La cessibilité de l'universalité contredit sa fonction. – La responsabilisation du sujet et l'aménagement de cette responsabilité sont les deux fonctions de l'universalité juridique¹⁵²⁷. Celle-ci permet de mettre en œuvre le droit de gage général des créanciers et surtout de l'aménager selon les centres d'intérêt du débiteur. Nous avons vu qu'en tant que notion fonctionnelle, le patrimoine n'est utile qu'au regard du lien qu'il permet d'établir entre les biens et les dettes, entre la propriété et les obligations¹⁵²⁸. Or la propriété comme les obligations reposent sur le sujet de droit. Celui-ci représente à la fois une volonté et un ou plusieurs intérêts¹⁵²⁹. C'est cette dialectique entre volonté et intérêt(s) qui permet d'affirmer,

¹⁵²⁴ Cf. *supra* (n° 130).

¹⁵²⁵ C'est ce qui ressort de l'article 1844-5, al. 3 du Code civil.

¹⁵²⁶ C'est d'ailleurs ce qui explique qu'en cas de procédure collective ouverte à l'encontre d'une EURL, la dissolution sans liquidation est écartée lorsque l'associé unique est une personne physique : art. 1844-5, al. 4, C.Civ.

¹⁵²⁷ Cf. *supra* (n° 203 et s.).

¹⁵²⁸ Cf. *supra* (n° 39 et s.).

¹⁵²⁹ Cf. *supra* (n° 182 et s.).

une fois encore, le rattachement de la masse à une personne déterminée et qui empêche la circulation de l'universalité. Si l'universalité ne se confond pas avec la personne, elle demeure intimement liée à elle. Les auteurs qui se sont penchés sur la question de la cessibilité du patrimoine l'ont d'ailleurs compris puisque, nous le verrons, ils se retrouvent soit à fonder la cession de la masse universelle sur la cession de l'intérêt qui le fédère¹⁵³⁰, soit à proposer une pluri-personnalité pour un seul et même sujet de droit¹⁵³¹.

509. La cessibilité de l'universalité contredit son régime. – L'affectation est à l'origine de l'universalité, elle en est à la source et elle en commande le régime car le propriétaire des biens placés dans la masse universelle est tenu de respecter l'affectation qu'il s'est lui-même imposée¹⁵³². En ce sens, elle est propre à chacun et libre à celui qui, faisant l'acquisition de ce ou ces bien(s), décide ou non de maintenir cette affectation. Mais la décision lui appartiendra alors et rien ne l'oblige à le faire. Plus concrètement, celui à qui l'universalité est transmise n'est, en principe, pas tenu de garder la même composition et devrait pouvoir réaffecter ou désaffecter certains des biens s'y trouvant. Un couple qui vend le logement de la famille à un tiers ne peut lui imposer d'en faire également le logement de sa famille. La destination choisie par le cédant ne peut s'imposer au cessionnaire ; si ce dernier choisit la même affectation, cette décision n'a rien à voir avec le cédant.

510. L'incessibilité de l'universalité. – L'universalité de droit n'est pas, en tant qu'enveloppe, en tant que contenant, un objet cessible car, à l'image du contrat, elle n'est pas un objet mais un instrument, un moyen et non une fin. Pour reprendre les termes du Professeur AYNÈS, « le contrat est un instrument, non une fin en soi ; un moyen, non un objet. On pressent alors que sa cause pourrait changer de mains sans s'altérer, pourvu qu'il conserve son rôle originaire ; et il devrait changer de mains toutes les fois que se déplace de l'un des contractants à un tiers le but, l'intérêt, en un mot, la cause du contrat.¹⁵³³ ». Transposée à l'universalité de droit, cette analyse permet de comprendre les nuances de ce que les auteurs qualifient de « cession de patrimoines » ; elle permet d'identifier ce qui est réellement

¹⁵³⁰ En ce sens, C. KUHN, *ibid.* ; N. JULLIAN, *ibid.*

¹⁵³¹ En ce sens, A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, Defrénois 2007, n°797 et s., p. 376 et s. ; E. DUBUISSON, « Patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'entrepreneur individuel », *D.* 2013, p. 792.

¹⁵³² En ce sens, R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois 2008, n°223 et s., p. 146 et s. et n°312 et s., p. 207 et s. ; Fr. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016/1, p. 158 et s. et A. TADROS, « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer et la définition de la propriété », *RDC* 2016/1, p. 187 et s. ; *cf. supra* (n°57 et s.).

¹⁵³³ L. AYNÈS, *La cession de contrat*, *Economica* 1984, n°109, p. 84.

transmis, ce qui en justifie la circulation. Le contenant est un instrument propre à chaque débiteur, le contenu en revanche doit pouvoir circuler¹⁵³⁴. Cette cession de l'actif et du passif peut s'expliquer autrement que par la cession de la masse dans laquelle ils figurent. Se dessinent alors les moyens de permettre cette transmission tout en conservant une cohérence d'ensemble dans cette étude de la notion d'universalité juridique.

B. Les fondements de l'incessibilité du contenant

511. Le lien entre universalité juridique et intérêt. – La structure de l'ensemble universel repose sur l'existence d'un intérêt juridique, distinct de l'intérêt général et impersonnel d'un individu¹⁵³⁵. Perçu comme la condition d'existence de toute universalité de droit¹⁵³⁶, l'intérêt permet de fédérer les biens et les dettes autour d'un même objectif. Mais l'intérêt est nécessairement mis en relation avec la volonté sans laquelle il ne peut exister juridiquement¹⁵³⁷. L'interdépendance de ces deux notions s'explique par l'idée que le droit encadre, implémente ou limite la volonté des hommes. Pour ce faire, le système juridique se contente parfois de la volonté exprimée mais il va parfois chercher la volonté réelle, laquelle correspond à l'objectif poursuivi par l'acte de volonté¹⁵³⁸. En d'autres termes, il cherche à déterminer si l'intérêt qui se cache derrière la volonté est compatible avec les règles qu'il édicte¹⁵³⁹. Autrement dit, le droit cherche l'intérêt de celui qui exprime sa volonté, de celui qui agit. En ce sens, l'intérêt peut, dans un cadre contractuel, se confondre avec la cause et, plus exactement, la cause finale¹⁵⁴⁰.

512. Les théories de la cession d'intérêt. – Partant de cette idée, les auteurs contemporains du patrimoine d'affectation ont retenu la cessibilité de l'universalité en

¹⁵³⁴ L'idée a été proposée par Monsieur THOMAS qui fait une distinction entre la cession de l'universalité à une personne morale et à une personne physique puisque dans le premier cas, seul le contenu est cédé alors que dans l'autre, c'est l'ensemble universel même qui est cédé : V. THOMAS, « EIRL : transmission entre vifs du patrimoine affecté », *Rev. Sociétés* 2013, p. 673 et s.

¹⁵³⁵ Cf. *supra* (n°201 et n°273 et s.)

¹⁵³⁶ Cf. *supra* (n°198 et s.).

¹⁵³⁷ Cf. *supra* (n°252 et s.).

¹⁵³⁸ En ce sens, P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges J. MAURY*, Dalloz-Sirey 1960, t. II, p. 445 et s. ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ 1971, spéc. n°154 et s., p. 269 et s.

¹⁵³⁹ En ce sens, le Professeur AYNÈS écrit que « la notion d'intérêt permet une conciliation entre la volonté et les éléments objectifs (du contrat), en asservissant l'obligation contractuelle à sa satisfaction. Elle maintient le dynamisme, la force du contrat » : L. AYNÈS, th. préc., n°113, p. 87.

¹⁵⁴⁰ La cause peut être réduite à un intérêt raisonnable. En ce sens, J. ROCHFELD, *Répert. Dalloz Civ., V°Cause*, n°27 et s. ; du même auteur, *Cause et type de contrat*, LGDJ 1999, spec. n°77 et s., p. ? et s.

fondant leur thèse sur la cession de l'intérêt fédérateur¹⁵⁴¹. Leurs théories reposent alors sur une qualification erronée de l'intérêt comme un bien juridique, comme un bien patrimonial, comme un bien cessible. Or nous avons vu que le bien est la chose, matérielle ou immatérielle, pouvant être objet de propriété en raison de sa valeur d'échange ou d'usage. Il devient patrimonial lorsqu'il est susceptible de servir à la garantie des dettes du propriétaire, c'est-à-dire lorsqu'il peut être saisi¹⁵⁴². À admettre que l'intérêt puisse être perçu comme une chose, celle-ci serait immatérielle. Elle trouverait en revanche difficilement de valeur d'usage ou d'échange. En effet, l'intérêt n'est pas un objet doté d'utilité qui en justifie l'appropriation¹⁵⁴³. Voir dans les opérations de transmission d'une universalité le transfert d'un intérêt revient alors à confondre l'objet et la cause de l'opération.

513. L'incessibilité de l'intérêt et de l'universalité. – Un autre obstacle se dresse face à la théorie de la cession de l'intérêt fédérateur. L'intérêt entendu comme l'objectif poursuivi par un sujet de droit, à l'aide de moyens offerts par le Droit objectif, est propre à chacun. Il existe par et pour une volonté déterminée. En ce sens, nous avons pu voir que l'intérêt qui fédère les éléments de l'universalité est un intérêt légitime et non un intérêt consacré¹⁵⁴⁴. S'il faut donc que le droit accorde une légitimité à l'intérêt poursuivi, chacun est libre de poursuivre l'intérêt qu'il souhaite. Celui-ci se rapproche ainsi du motif déterminant qui pousse un sujet à agir. L'intérêt ne peut donc pas être cédé car il est éminemment personnel et si deux personnes peuvent poursuivre un même objectif, son origine, sa source réside dans le sentiment humain, dans l'envie ; « les buts des choses ne sont autres que les buts de l'individu, poursuivis par l'individu au moyen de ces choses.¹⁵⁴⁵ ». L'intérêt ne peut faire l'objet d'un transfert car lorsqu'il apparaît chez l'ayant-cause, il ne disparaît pas nécessairement chez l'auteur¹⁵⁴⁶. Ainsi arrive-t-il en cas de transmission d'une

¹⁵⁴¹ Madame JULLIAN écrit par exemple que les « patrimoines, bien qu'ils assurent la fonction d'assiette du droit de gage, ne l'assurent qu'en fonction d'une activité précise. C'est pourquoi, dès lors que l'activité est transmise avec le patrimoine, rien n'impose de conserver un patrimoine-gage de leur responsabilité. » : N. JULLIAN, *op. cit.*, n°128, p. 129.

¹⁵⁴² Cf. *supra* (n°132).

¹⁵⁴³ V. en ce sens, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges P. ROUBIER*, t. I, 1961, Dalloz-Sirey, p. 16 et s.

¹⁵⁴⁴ Il faut rappeler ici que la distinction entre ces deux catégories d'intérêt réside dans l'idée que l'intérêt légitime est celui que le droit autorise alors que l'intérêt consacré est celui que le droit met en œuvre. Ainsi, le législateur permet à celui qui le souhaite de créer une universalité de droit mais les raisons qui poussent ce dernier à le faire lui sont propres : cf. *supra* (n°268).

¹⁵⁴⁵ R. VON JHERING, *L'Évolution du droit*, éd. Chevalier, 1901, n°35, p. 48.

¹⁵⁴⁶ En ce sens, TH. RAFFRAY, *Les substitution de contractants au cours de l'exécution du contrat*, th. Montpellier 1977 ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ 1999, n°110 et s., p. 96 et s. ; dans un sens tout aussi proche au sujet de la transmission des droits et actions, le Pr. PUIG a écrit, dans l'article précité, que « il est des circonstances où la perte du droit par le cédant n'apparaît pas indispensable à la sauvegarde des intérêts du cessionnaire, où le droit cédé peut survivre dans le patrimoine du

universalité que l'auteur demeure tenu de certaines dettes après transfert des biens. On songe par exemple à la solidarité légale imposée en cas d'apport partiel d'actif entre société apporteuse et société bénéficiaire¹⁵⁴⁷, ou à la survie de l'obligation à la dette de l'ancien époux pour la dette entrée en communauté du chef de son conjoint, après dissolution du régime matrimonial¹⁵⁴⁸. Réduit au but sous la plume de CAPITANT, l'intérêt, fut-il spécifique et identifié, est propre à chacun ; l'auteur écrit ainsi que « toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation. La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui.¹⁵⁴⁹ ».

514. Le maintien de la distinction entre contenant et contenu. – Parce qu'il est difficilement envisageable de voir dans l'universalité, un objet cessible, il faut alors se tourner vers les spécificités de cet objet. Bien extrapatrimonial et donc incessible et insaisissable par nature, l'universalité juridique est une masse structurée autour de l'intérêt d'une personne. S'il arrive parfois qu'un intérêt puisse être défendu successivement par des personnes différentes, ce n'est pas en raison du transfert de l'intérêt, lequel naît du désir de chaque individu. L'intérêt de l'auteur disparaît pour faire place à l'intérêt de l'ayant-cause. Pour respecter cette nuance, il peut être suggéré de voir dans la transmission d'un ensemble universel, la cession du contenu, indépendamment du contenant car l'universalité de droit se caractérise par cette ambivalence, il est donc souhaitable que son régime de cessibilité repose sur la distinction entre enveloppe et éléments fédérés.

II. La transmissibilité du contenu

515. Le caractère personnel des universalités de droit. – L'universalité n'est pas cessible en tant que contenant en raison de l'incessibilité de l'intérêt, il faut alors partir de

cédant dès l'instant que son exercice n'est pas de nature à nuire au cessionnaire. La protection des intérêts légitimes du cédant commande alors cette survie, de sorte que le transfert du droit réalise sa duplication, son « clonage », au profit du cessionnaire. ». L'auteur en déduit que « les droits et actions ne se transmettent pas comme les choses matérielles. Acquis par l'ayant cause, ils ne sont pas nécessairement perdus par l'auteur qui peut encore, en certaines circonstances et selon son intérêt à agir, les exercer. » : P. PUIG, « Transmission des droits et actions : la conquête de l'ubiquité », *RDC* 2014, p. 813 et s.

¹⁵⁴⁷ Art. L.236-20, C. Com. ; v. son application à l'apport partiel d'actif : Com, 8 févr. 2011, n°10-12273, *BJS* 2011, p. 418, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2012, p. 33, note L. AMIEL-COSME ; Civ. 2e, 19 févr. 2009, n°05-22044 ; *JCP E* 2010.41. p. 34, note Fr.-G. TRÉBULLE ; *BJS* 2009, p. 578, note H. LE NABASQUE ; *Dr. Sociétés* 2009/5, p. 15, obs. M.L. COQUELET ; *RTD Com.* 2009, p. 389, obs. P. LE CANNU & B. DONDERO. Cette solidarité après transmission pourrait s'assimiler à une garantie de passif dans le cadre de la transmission universelle, ce qui a été proposé par certains auteurs mais ce qui est également critiquable : cf. *infra* (n°597).

¹⁵⁴⁸ Art. 1483, C. Civ.

¹⁵⁴⁹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz 1923, n°1, p. 1.

l'idée que la reprise de cet intérêt entraîne la cession du contenu. La reprise de l'intérêt a lieu dans deux hypothèses : lorsque la volonté derrière cet intérêt disparaît (décès ou liquidation) et lorsque l'intérêt cesse d'être poursuivi par la même volonté (transmission entre vifs) (A). Cette reprise d'intérêt semble passer à chaque fois par une technique existante en droit positif : la transmission universelle. Mais celle-ci est majoritairement conçue comme la cession du contenant, il faut donc renouveler son analyse pour y voir la cession du seul contenu (B).

A. Fondements de la transmission du contenu de l'universalité

516. Raisonement *mutatis mutandis* : la cession de contrat. – La transmission de l'universalité peut être rapprochée de la cession de contrat. Les deux opérations permettent une transmission d'actif (la créance) et de passif (la dette) ; elles suscitent les mêmes problèmes notamment du fait que les rapports qu'entretiennent les contractants ne sont pas censés engager les tiers. À ce titre, l'universalité contient dans son passif, les engagements dont son titulaire est tenu en raison d'un acte ou d'un fait juridique réalisé dans le cadre de la poursuite de l'intérêt fédérateur. L'ayant-cause universel, nouveau titulaire de l'universalité juridique, n'est pas partie aux contrats conclus par l'auteur. Enfin, la cession de contrat a, comme la « cession de patrimoine », suscité de nombreux débats¹⁵⁵⁰. L'une des difficultés consistait à se demander quel était l'objet cédé ; c'est cette difficulté que l'on retrouve au sujet de l'universalité de droit. Pour l'une comme pour l'autre, ces opérations font apparaître la transmission des éléments contenus – dans l'universalité ou dans le contrat – car le but poursuivi par l'instrument est repris chez l'ayant-cause : autrement dit, l'intérêt fédérateur est repris dans la transmission de l'universalité là où la cause semble reprise dans la cession de contrat¹⁵⁵¹.

517. Les théories de la cession de contrat. – Il aurait d'abord été possible de voir, dans chacune de ces opérations, une substitution de personnes¹⁵⁵². L'idée avait été suggérée

¹⁵⁵⁰ V. à ce sujet, E. JEULAND & N. BALAT, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Cession de contrat.

¹⁵⁵¹ En ce sens surtout : L. AYNÈS, *op. cit.* ; CH. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, Strasbourg, 1950 ; CH. LARROUMET, « La cession de contrat : une régression du droit français », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec 1999, p. 151 et s. ; du même auteur, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux 1968 ; K.H. NEUMAYER, « La transmission des obligations en droit comparé », in *IXe journées d'études juridiques J. DABIN*, Bruylant-Litec 1980, spéc. p. 255

¹⁵⁵² E. JEULAND, *op. cit.*

au sujet de la cession de contrat¹⁵⁵³, elle est également sous-entendue dans la théorie de la continuation de la personne concernant les patrimoines¹⁵⁵⁴. Cette théorie doit néanmoins être rejetée car la substitution ne semble pas résulter d'une décision ou d'une opération mais de la mise en œuvre d'une faculté prévue, conventionnellement ou légalement¹⁵⁵⁵, ce qui n'est envisageable, ni pour le contrat, ni pour l'universalité. Ensuite deux visions s'opposent concernant la cession de contrat : la première suggère de voir dans le contrat, le véhicule de l'obligation, en tant que créance et en tant que dette, né de la volonté des parties. C'est la conception analytique ou dualiste de la cession de contrat¹⁵⁵⁶ qui ne permet de céder le contrat que sous réserve de l'acceptation du cédé, ce qui entraîne la création d'un nouvel accord : il n'y a donc pas véritablement de cession¹⁵⁵⁷. La seconde théorie, dite moniste, de la cession de contrat, vise à ne retenir dans cette opération que la cession de la qualité de partie au contrat. La réforme du droit des contrats a opté pour cette dernière vision des choses¹⁵⁵⁸ : l'idée est alors de considérer, sous la plume du Professeur AYNÈS notamment, que « le contrat conserve sa cause et le cessionnaire en est l'ayant cause. Il est, certes, un tiers au contrat, mais il peut être lié à celui-ci en tant qu'ayant cause.¹⁵⁵⁹ ». Aux fondements de la cession de contrat, se trouve donc la reprise de la cause par le cessionnaire. Or, dans toutes les situations de transmission d'une universalité, il s'agit pour l'ayant-cause universel, de poursuivre le but qui fédère l'ensemble, de reprendre l'intérêt. Il convient de le vérifier.

¹⁵⁵³ En ce sens, A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF 2006, n° 245, p. 314. – J. FLOUR, J.L. AUBERT & É. SAVAUX, *Droit civil – Le rapport d'obligation*, t. 3, 5e éd., 2007, A. Colin, n°396, p. 246 : « dans une première approche, la cession de contrat peut se définir comme l'acte ayant pour objet le remplacement d'une partie par un tiers dans un rapport contractuel » ; v. également PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso 2018, n°849, p. 475. A. VIANDIER, « L'intuitus personae - Les contrats conclus intuitus personae face à la fusion de société », in *Mélanges CH. MOULY*, t. 2, 1998, Litec, p. 193 et s., spéc. n°14, p. 197. Monsieur VIANDIER maintient cette idée de substitution concernant la transmission du patrimoine des sociétés dans les cas de fusion ; il écrit ainsi que « le mot 'substitution' est important car il exprime bien la nature de la transmission universelle du patrimoine ; il n'y a pas cession de l'actif et du passif de la société absorbée vers la société absorbante mais transfert automatique et global du patrimoine de la première vers celui de la seconde. ».

¹⁵⁵⁴ Ainsi, les auteurs ont-ils pu considérer que c'est en raison de la continuation de la personne du défunt que les héritiers sont tenus *ultra vires successionis*.

¹⁵⁵⁵ Monsieur NAJJAR écrit ainsi que « la faculté de substitution diffère de la simple cessibilité d'un droit en ce qu'elle est convenue, prévue, autorisée, réglementée par les parties au contrat de promesse, sans que sa mise en œuvre soit soumise à des formalités particulières. La cessibilité, elle, s'attache davantage à la nature du droit cédé, à l'objet, qu'elle ait été ou non prévue initialement au contrat » : I. NAJJAR, *D.* 1989, p. 65 ; dans le même sens, E. JEULAND, *op. cit.*, n°124, p. 106-107.

¹⁵⁵⁶ Parmi les auteurs de cette théorie, figurent les thèses de CH. LAPP., *op. cit.* ; CH. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux 1968 ; CH. VILAR, *La cession de contrat en droit français*, th. Montpellier 1968.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, v. par exemple J. GHESTIN, M. BILLIAU & G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°282, p. 295.

¹⁵⁵⁸ Art. 1216 et s., C. Civ.

¹⁵⁵⁹ L. AYNÈS, *op. cit.*

518. Les modes existants de cession du contenu d'une universalité. – Le droit positif connaît deux manières de transmettre l'universalité de droit : le partage et la transmission universelle, l'une n'étant pas incompatible avec l'autre. Plus exactement, tout partage ou toute opération de liquidation passe par une étape préalable d'identification des ayants-cause pouvant bénéficier de ce partage. Dans certains cas (notamment les successions), cela implique de liquider le contenu de l'universalité avant de le partager ; dans d'autres cas, il y aura transfert du contenu sans liquidation. C'est ce que prévoit le législateur dans les cas de « cession du patrimoine professionnel » ou de « cession du patrimoine fiduciaire » ou encore de tous les cas de cession d'entreprise en tout ou partie. Chacune de ces opérations passe par une transmission dite universelle. Il faut noter à ce titre que la transmission n'est pas nécessairement une cession. La transmissibilité se présente comme une notion plus large que la cessibilité : l'une admet le transfert d'objet incessible et peut résulter de la loi ou de la volonté individuelle quand l'autre porte nécessairement sur des biens dits cessibles et résulte nécessairement d'une décision du propriétaire¹⁵⁶⁰.

519. Les théories justifiant la transmission universelle en droit des successions. – La transmission universelle pour les personnes physiques ne concernait jusqu'à présent que celle de leur patrimoine légal. Celui-ci n'étant transmis qu'au décès de son titulaire, il était convaincant de fonder la transmission universelle sur la théorie de la continuation de la personne en droit des successions. Outre son incompatibilité avec l'apparition de nouvelles universalités aux côtés du patrimoine légal, cette théorie repose sur une confusion entre l'universalité et la personnalité juridique et doit donc être rejetée¹⁵⁶¹. Les auteurs préfèrent aujourd'hui justifier la transmission du passif aux héritiers par le fait que ces derniers recouvrent une quotité proportionnelle des biens du défunt. Il est alors possible de retenir que l'objectif de l'opération est de maintenir un lien entre actif et passif, laquelle correspond, au sein de toute universalité à une affectation entre les biens et les dettes¹⁵⁶². Le souci de préserver l'assiette du droit de gage général des créanciers réside alors dans l'intérêt qui a

¹⁵⁶⁰ La transmission est définie comme le « terme générique désignant toute opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre soit par la volonté de l'homme, soit en vertu de la loi ; soit entre vifs, soit à cause de mort ; soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ; soit à titre particulier, soit à titre universel. A la différence de l'aliénation, la transmission peut résulter de la loi et porter non seulement sur des biens ou des droits mais aussi sur des obligations (transmission passive d'une dette) » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° Transmission, PUF 2018.

¹⁵⁶¹ Cf. *supra* (n°35).

¹⁵⁶² En ce sens, M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis 2017, n°605, p. 481 ; J. FLOUR & H. SOULEAU, *Les Successions*, éd. A. COLLIN Paris 1982, n°251, p. 203.

fait naître les créances¹⁵⁶³. En ce sens, l'intérêt des héritiers est celui du défunt, ce qui rejoint, en un sens, l'origine sociologique de la continuation de la personne : la solidarité familiale¹⁵⁶⁴. C'est donc la reprise de l'intérêt juridique par les ayants-cause qui justifie la transmission du passif et de l'actif. On retrouve cette même idée pour la transmission universelle du patrimoine des personnes morales.

520. Les théories justifiant la transmission universelle en droit des sociétés. – Le droit des sociétés est un lieu de mise en œuvre de la transmission universelle en ce que le patrimoine ou une partie de celui-ci peut être transmis avec le maintien de cette corrélation caractéristique des universalités. Utilisée à l'occasion des fusions-acquisitions, de la réunion des parts sociales en une main, des apports partiels d'actifs, ou des plans de cession en période de difficulté, la transmission universelle connaît, dans la matière, de nombreuses applications¹⁵⁶⁵. Les théories du droit commercial justifient d'abord cette opération sur l'idée d'une continuation de l'entreprise¹⁵⁶⁶. Un rapprochement est alors possible avec le droit des successions (si l'on pouvait admettre que toute entreprise a la personnalité morale), notamment lorsque la transmission universelle résulte de la disparition d'une société au profit d'une autre comme le cas d'une fusion-absorption. La personnalité de la société absorbée est continuée par la société absorbante¹⁵⁶⁷. Les mêmes objections doivent ici être retenues et il

¹⁵⁶³ Le liant dans l'affectation entre les biens et les dettes de toute universalité réside dans l'intérêt qui fédère ces différents éléments : cf. *supra* (n°60 et s.).

¹⁵⁶⁴ L'extension du passif successoral aux légataires universels, autre que les héritiers légaux, va d'ailleurs dans le sens de cette analyse puisque la famille n'est plus une simple histoire de lien biologique ou juridique : v. à ce sujet. C. PÉRÈS & CH. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF-Thémis 2018, n°11 et s., p. 11 et s. PH. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, LGDJ 1992, n°313 et s., p. 141 et s. Des auteurs soulignent justement que « le droit patrimonial de la famille traduit un système d'idées et de valeurs qui varie selon les temps et les lieux et exerce son influence sur les mœurs, en même temps qu'il en dépend. (...) Quelle est la définition de la famille, c'est-à-dire sa composition : le ménage ; ou le ménage + les enfants ; ou le ménage + les enfants + les ascendants ; ou le ménage + les enfants + les ascendants + les collatéraux ? Les collatéraux (jusqu'où) ? Le conjoint fait-il partie de la famille ? Qui est le plus proche du défunt : le conjoint ou les enfants ? (etc...) » : PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Les successions – Les libéralités*, LGDJ-Lextenso 2012, n°12, p. 13.

¹⁵⁶⁵ Certains auteurs rejettent l'application de la transmission universelle concernant l'apport partiel d'actif car la branche d'activité cédée ne bénéficie pas, avant cession, d'une autonomie patrimoniale justifiant l'existence d'une universalité : en ce sens, N. JULLIAN, *op. cit.*, n° n°153, p. 151

¹⁵⁶⁶ V. notamm. CL. CHAMPAUD, « Les méthodes de groupements des sociétés », *RTD Com* 1967, p. 1005 et s. ; A.S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations – Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I, 2000, p. 167 et s. ; J.P. LE GALL, « Apport partiel d'actif et transmission universelle », in *Mélanges P. JEANTIN*, Dalloz 1999, p. 259 et s. ; J. VALLANSAN, *La cession d'entreprise*, th. Caen 1986.

¹⁵⁶⁷ En ce sens, M.L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris X, 1994, n°241, p. 142 ; cependant, v. contra : F. WAREMBOURG-AUQUE, *La succession aux biens d'une personne morale de droit privée*, th. Lille 1977, n°229-230, p. 269 et s. ; A.S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations – Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I, 2000, n°277 et s., p. 217 et s. ; M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, Litec 1991, p. 287.

est des cas où une universalité est transmise sans que son titulaire ne disparaisse¹⁵⁶⁸. La seconde théorie vise à fonder la transmission universelle sur la continuation de l'activité. Prolongement de la première théorie, elle s'en distingue par son domaine. L'entreprise étant nécessairement circonscrite à l'exercice d'une activité économique¹⁵⁶⁹, il était nécessaire de trouver une notion permettant d'englober toutes les personnes morales concernées par les transmissions universelles. Mais la théorie de la continuité de l'activité n'est pas plus recevable pour deux raisons. D'une part, il est difficile de concevoir ce qu'est une activité ; le problème n'est donc que déplacé, il n'est pas réglé. D'autre part, l'exercice d'une activité n'induit pas forcément l'existence d'une universalité juridique spécifiquement créée à cet effet ; on le voit par exemple avec les fonds de commerce¹⁵⁷⁰.

521. Les théories de l'affectation. – Des points communs se retrouvent parmi ces différentes théories, permettant ainsi d'unifier les fondements de la transmission universelle tant des personnes physiques que des personnes morales. Des auteurs ont donc pu retenir l'affectation comme fondement de l'opération. Selon le Professeur RAFFRAY, c'est la modification ou la cessation de l'affectation qui justifie la transmission universelle¹⁵⁷¹. Cette nouvelle analyse, qui transparaît déjà dans les thèses concernant la continuation de la personne, de l'entreprise¹⁵⁷² ou de l'activité, permet d'élargir le domaine de la transmission universelle, d'en faire une notion qui dépasse le seul droit des sociétés. La théorie de l'affectation offre ainsi une cohérence avec la structure de toute universalité car celle-ci est le résultat d'une affectation¹⁵⁷³. L'opération de transmission universelle vise à permettre le maintien de la corrélation entre des biens et des dettes et nous avons pu observer que cette corrélation n'est autre qu'une affectation des premiers aux secondes¹⁵⁷⁴. C'est en effet ce maintien de l'affectation qui rend nécessaire la transmission des dettes avec la part de biens correspondante, ce qui rejoint l'analyse économique de la succession à la personne¹⁵⁷⁵. On peut donc en déduire, comme pour les personnes physiques, que l'intérêt qui fédère

¹⁵⁶⁸ Au-delà des cas de cession des nouvelles universalités (tel que l'EIRL ou la fiducie), le titulaire d'un ensemble universel ne disparaît pas toujours au moment de sa cession, c'est ainsi que la société qui réalise un apport partiel d'actif au profit d'une autre, ne disparaît pas pour autant.

¹⁵⁶⁹ V. par exemple CJCE plén., *Cancava*, 17 févr. 1993, *D.* 1993, Somm. 277, obs. X. Prétot ; Civ. 1^e, 12 mars 2002, *D.* 2002, 1199, obs. A. LIENHARD.

¹⁵⁷⁰ En ce sens, R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°67, p. 64 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°143, p. 151.

¹⁵⁷¹ R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°73 et s., p. 69 et s. Dans le même sens, N. JULLIAN, *op. cit.*, n°143, p. 150 et s.

¹⁵⁷² Un des auteurs de la continuité de l'entreprise a ainsi pu écrire que c'est « la matérialité du maintien de l'affectation patrimoniale des biens de l'entreprise (...) » qui fonde la transmission de l'universalité : F. WAREMBOURG-AUQUE, *op. cit.*, p. 277.

¹⁵⁷³ Cf. *supra* (n°314 et s.).

¹⁵⁷⁴ Cf. *supra* (n°60 et s.).

¹⁵⁷⁵ Cf. *supra* (n°519).

l'universalité n'est pas cédé – puisque l'intérêt n'est pas un objet cessible¹⁵⁷⁶ – mais poursuivi par l'ayant-cause universel.

522. Application aux universalités de droit. – La proposition du Professeur RAFFRAY n'est pas nouvelle, elle existe, au moins en germe, dans d'autres thèses, notamment celle de Madame THOMAT-RAYNAUD. Pour l'auteure, le maintien de l'affectation après transmission des biens et des dettes s'explique par la transmission de l'intérêt qui sert de fondement à la corrélation entre actif et passif, de liant au contenu de l'universalité¹⁵⁷⁷. Si l'auteure concentre sa théorie sur le seul patrimoine, l'idée peut être généralisée à toute universalité. La transmission universelle consécutive à la disparition de son titulaire – qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale – s'explique, au-delà de la nécessité de protéger les créanciers, par la poursuite de l'intérêt fédérateur par les ayants-cause. De la même manière, celui qui reçoit une universalité ou une partie d'universalité, s'engage à respecter l'intérêt qui fédère les éléments ensemble. Ainsi, à considérer que l'élément fédérateur de toute universalité peut être poursuivi par deux personnes différentes, il est possible de justifier la cession du contenu de toute universalité sans que son titulaire ne disparaisse. Deux conséquences découlent de ce constat : d'une part, l'intérêt, qui a besoin d'une volonté pour exister en Droit¹⁵⁷⁸, peut passer d'une volonté à une autre, d'une personne à une autre sans qu'il s'agisse d'une cession de cet intérêt. On parlera alors de reprise de l'intérêt¹⁵⁷⁹. D'autre part, rien n'impose de voir dans la transmission universelle, la cession du contenant plus que celle de son contenu.

¹⁵⁷⁶ Cf. *supra* (n°513).

¹⁵⁷⁷ A.L. THOMAT-RAYNAUD, *op. cit.*, n°1061 et s., p. 478 et s. : Madame THOMAT-RAYNAUD fait reposer l'intégralité de sa thèse sur le morcellement des vies du débiteur, ce qui donne lieu à la création d'une pluralité de personnalités juridiques pour une seule personne physique. Les sous-ensembles autonomes correspondants à chacune de ces personnalités permettent de maintenir un lien entre les sous-patrimoines et la personne. Dans le même sens, C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I 2007, n°504 et s., p. 360 et s. ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°128, p. 136 : l'auteure écrit à ce sujet que ce qu'elle désigne comme des « patrimoines spécifiques » peut être cédé du vivant du titulaire car « ces patrimoines ne sont pas inéluctablement liés à leur titulaire par l'intérêt les fédérant (ce que nous discutons : cf. *supra* : n°252 et s.), puisque cet intérêt réside tantôt dans une activité, intéressée ou non, tantôt dans l'intérêt d'une tierce personne. Leur élément fédérateur peut donc être poursuivi par une autre personne juridique (...) » (nous soulignons).

¹⁵⁷⁸ Cf. *supra* (n°252)

¹⁵⁷⁹ La distinction entre cession et reprise d'un intérêt juridique est importante, d'un point de vue théorique (cf. *supra* : n°514) mais aussi d'un point de vue technique (cf. *infra* : n°591 et s.) puisque le caractère personnel des intérêts permet de justifier l'incessibilité de certains éléments, considérés comme colorés d'un certain *intuitu personae*.

B. Moyen de transmettre le contenu de l'universalité

523. La notion de transmission universelle. – La notion de transmission universelle est connue pour justifier la cession de plusieurs biens et dettes dans une seule et même opération. Elle s'oppose ainsi à la transmission d'un ou de plusieurs objet(s) à titre particulier¹⁵⁸⁰. Lorsqu'il s'agit d'expliquer la transmission d'une universalité de droit, plusieurs arguments militent en faveur de cette analyse : le caractère automatique de la transmission universelle permet d'échapper aux formalités requises pour la cession de certains éléments contenus dans l'universalité ; la transmission de l'actif s'accompagne nécessairement de celle du passif ; la transmission de tous ces éléments n'implique aucune liquidation préalable. Telle que nous l'avons envisagée, la transmission de l'universalité semble incompatible avec la conception traditionnelle de la technique de transmission universelle. Il convient alors de revenir sur la façon dont l'intérêt, qui est au cœur de l'universalité, est repris avant de voir que les éléments contenus dans l'ensemble universel sont transmis indépendamment de leur enveloppe. Autrement dit, il s'agit de trouver un nouveau fondement à la transmission universelle (1) et d'analyser le renouvellement de son objet (2).

1. La reprise de l'intérêt n'est pas une cession d'intérêt

524. Rappel du caractère incessible de l'intérêt juridique : rejet de la réification de l'intérêt. – Nous avons pu voir que fonder la cession entre vifs d'une universalité sur la cession de l'intérêt qui la fédère n'est pas une thèse recevable car elle repose sur l'idée que l'intérêt en question est un bien, qui plus est cessible. Il n'en est pourtant rien. L'intérêt n'a d'utilité ou de valeur pour l'homme, pour le sujet de droit, que s'il parvient à le poursuivre, à l'atteindre, à le mettre en œuvre par des moyens sanctionnés juridiquement. L'intérêt, en tant qu'objectif à atteindre, n'est qu'une potentialité, il n'a, en soi, aucune valeur¹⁵⁸¹. De plus,

¹⁵⁸⁰ En ce sens, v. par exemple O. DESHAYES, *Répert. Dalloz Civ.*, V° Ayant-cause, n°75 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2011, n°6.10, p. 363 ; A.S. BARTHEZ, *op. cit.*, n°12, p. 19 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°138, p. 145 ; R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°23, p. 22-23 et n°83 et s., p. 77 et s. M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droits des sociétés*, LexisNexis 2018, n°1909, p. 780.

¹⁵⁸¹ Une analyse similaire a été faite de l'action en justice. Le Professeur CAYROL écrit ainsi que si le bien doit procurer une satisfaction en soi pour celui qui le possède, « l'action n'offre aucune satisfaction en soi, du moins directement. Avoir une action et seulement une action, c'est ne rien avoir. Une action ne vaut que par ce qu'elle permet (peut-être) d'obtenir. ». N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica 2001, n°98, p. 63. Dans cette analyse, le terme « action » peut facilement être substitué par l'intérêt. Et l'auteur retient finalement que l'action n'est pas un objet de cession car lorsqu'il y a, dans l'accord des parties, un transfert de

nous avons vu que l'intérêt est, comme la cause, un moteur pour le sujet de droit lorsqu'il agit ; il est à la fois, une finalité – un objectif lointain que l'on cherche à atteindre –, mais également une source – le motif qui pousse une personne à agir de telle ou telle sorte. En ce sens, il n'est rien de plus personnel que l'intérêt¹⁵⁸². En ce sens, le Professeur MEKKI a rappelé que peu importe la nature de l'intérêt juridique en jeu, celui-ci est toujours « immanent¹⁵⁸³ ». Il vient donc de l'intérieur, ce qui rappelle la catégorie des choses innées proposée par KANT et ayant inspiré la distinction entre le patrimonial et l'extrapatrimonial¹⁵⁸⁴. Il est alors possible d'en déduire que l'intérêt ne peut et ne doit pas être cessible. Comment alors justifier la transmission d'une universalité de droit lorsque celle-ci n'existe que par la réunion des éléments contenus autour d'un intérêt juridique déterminé ?

525. La transmission universelle résulte d'une modification ou d'une cessation de l'affectation. – Le Professeur RAFFRAY explique que lorsqu'il y a modification de l'affectation qui entraîne une transmission universelle, comme dans le cas d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, l'affectation initiale disparaît au profit d'une nouvelle¹⁵⁸⁵. À l'inverse, lorsque l'affectation cesse, comme pour la fusion-absorption, l'affectation initiale disparaît sans qu'apparaisse un nouvel objectif à atteindre. Ainsi, dans le premier cas, l'intérêt fédérateur de l'universalité semble passé d'une personne à une autre ; dans notre exemple, il va de la société apporteuse à la société bénéficiaire de l'apport. Dans le second cas, la transmission universelle est justifiée par la disparition totale de l'intérêt fédérateur. L'ayant-cause universelle subit davantage la transmission de l'universalité plus qu'il ne la choisit. L'intérêt qui était jusqu'alors poursuivi n'existe plus, de sorte que les éléments contenus dans la masse universelle vont se fondre dans le patrimoine légal de l'ayant-cause universel. C'est notamment ce qui se passera en cas de succession en présence d'un héritier unique acceptant. On constate alors que dans les deux cas, l'élément fédérateur disparaît mais dans le premier, sa disparition fait place à un nouvel intérêt équivalent.

526. La place de la volonté dans la transmission universelle. – La modification ou la cessation de l'affectation est une décision qui est propre à chaque titulaire d'universalité.

l'action en justice, il n'y a en réalité aucun transfert. Il en va de même pour l'intérêt. Mais est-ce alors à considérer qu'il n'y a pas du tout de transfert dans la transmission universelle ?

¹⁵⁸² Certains vont jusqu'à écrire que l'intérêt est « par définition individuel » : C. PÉRÈS & CH. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF 2018, n°31, p. ?

¹⁵⁸³ M. MEKKI, in *Dictionnaires des biens communs*, (dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD), PUF 2017, V°Intérêt collectif & V°Intérêt commun (notamment dans le rapprochement avec l'intérêt général).

¹⁵⁸⁴ Cf. *supra* (n°118)

¹⁵⁸⁵ R. RAFFRAY, *op. cit.* n°62 et s., p. 61 et s.

C'est une décision qui est opposable aux tiers mais qui n'engage pas les tiers. En ce sens, l'acte qui modifie l'affectation semble toujours unilatéral. Néanmoins, l'acte dans lequel deux parties s'accordent pour que l'une cesse son affectation à un intérêt spécifique parce que l'autre partie choisit de poursuivre un intérêt similaire aux moyens des mêmes biens est un contrat. De ce contrat naît d'ailleurs le transfert de ces biens et, corrélativement celui des dettes qui les grèvent. Pour reprendre la comparaison avec la cession de contrat, le Professeur AYNÈS a pu montrer que lorsqu'un des cocontractants change mais que la cause du contrat est maintenue, est préservée, est poursuivie par le nouveau contractant, s'opère alors une cession du contrat. Autrement dit, c'est le maintien de la cause qui permet la survie du contrat malgré le changement de l'une des parties. À ce titre, le maintien de l'affectation des biens à un intérêt spécifique dans l'universalité de droit permet la transmission des éléments affectés. De ce constat, il convient de déduire que la transmission universelle a lieu dans deux hypothèses : lorsque l'intérêt fédérateur disparaît et lorsqu'il est le fruit d'un accord et qu'il est repris par un tiers. Cette distinction permet d'identifier deux types de transmission universelle, volontaire ou accidentelle¹⁵⁸⁶.

527. Intérêt, volonté et affectation. – Dans aucune de ces situations, l'intérêt ne passe d'une personne à une autre. L'interdépendance entre intérêt et volonté suggère l'existence d'une relation étroite entre ces notions mais également et surtout une impossibilité de séparer l'une de l'autre. L'intérêt spécifique et distinct qui justifie la création d'une universalité de droit est-il alors si différent qu'on puisse en envisager la cessibilité ? Pour reprendre les termes du Professeur CAYROL, l'intérêt « ne cesse probablement pas d'être un concept parce qu'un acte juridique prétend le transmettre contre ce qu'il est¹⁵⁸⁷ ». Concrètement d'ailleurs, lors d'une cession d'entreprise, les biens, créances et contrats transmis le sont indépendamment de l'activité que souhaite poursuivre le repreneur. De la même manière, les créanciers ne se préoccupent sans doute pas de savoir quelle sera l'activité du repreneur tant que l'assiette de leur droit de gage général est maintenue. L'intérêt qui fédère l'ensemble universel n'est donc pas nécessairement le même, qu'il s'agisse de celui de l'auteur de la transmission ou de l'ayant-cause universel. Peut-être faut-il alors admettre que seule la préservation des droits des tiers justifie une telle transmission. Admettons donc que l'intérêt n'est jamais cédé, que devient-il ? L'intérêt est continué par un acte nouveau, il

¹⁵⁸⁶ En ce sens, M.L. COQUELET, *op. cit.*, n°231 et s., p. 136 et s. ; dans une certaine mesure, v. aussi R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°199, p. 165. *Contra.* v. A.S. BARTHEZ, *op. cit.*, n°220, p. 172 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°138, p. 146.

¹⁵⁸⁷ Si le propos concerne l'action en justice, il est, une fois encore, transposable à la notion d'intérêt qui n'est pas un droit, ni un bien : sur ce sujet, *cf. supra* (n°264 et s.) ; N. CAYROL, *th. préc.*, n°110, p. 70.

est substitué. Sa disparition, concomitante à l'apparition du nouvel intérêt fédérateur, permet de justifier le maintien de l'affectation, le maintien de l'universalité sans sa liquidation¹⁵⁸⁸.

2. La transmission universelle est une transmission globale et simplifiée de titres particuliers

528. Position du problème. – Le Professeur RAFFRAY présente les choses de la manière suivante : pour lui, la transmission universelle est un moyen de transférer un patrimoine ou une partie de patrimoine conséquemment à une modification ou à une cessation de l'activité d'une personne morale. Celui à qui le patrimoine est transmis est alors ayant-cause universel¹⁵⁸⁹. Il ajoute alors que « toute transmission a pour effet de substituer une personne à une autre dans la titularité d'un droit, la transmission universelle du patrimoine des personnes morales a ceci de spécifique qu'elle produit un effet substitutif universel¹⁵⁹⁰ ». Il y a ici deux postulats auxquels il semble difficile d'adhérer : d'abord, l'auteur part de l'idée que la transmission est universelle car son objet est une universalité de droit ; il y a pour lui, un véritable transfert du contenant. Ensuite, le Professeur RAFFRAY retient paradoxalement que le transfert emporte un effet substitutif, ce qui est difficilement conciliable avec l'idée d'un transfert.

529. Une double interprétation possible. – La lecture de la transmission universelle peut se faire de deux manières : il est possible d'une part, de considérer qu'il s'agit d'un transfert de titularité – s'assimilant à un transfert de propriété classique – portant sur un objet particulier, l'universalité en tant que contenant. À l'inverse, il est possible de considérer que c'est le transfert qui est, cette fois, spécial car il concerne le contenu mais pas le contenant. Autrement dit, la notion de transmission universelle permet un transfert spécifique mais il est possible de voir cette spécificité non dans son objet, mais dans l'opération même puisque l'universalité déconstruite est immédiatement remplacée par une nouvelle universalité chez le nouveau titulaire. Le Professeur RAFFRAY s'en rend d'ailleurs bien compte lorsqu'il divise son étude entre le domaine de l'opération dans une première partie et la transmission des titres particuliers dans la seconde. Il écrit ainsi que « la structure originale de l'universalité

¹⁵⁸⁸ Le Professeur RAFFRAY semble aller dans le même sens lorsqu'il s'intéresse au « but poursuivi par les parties à l'opération » pour fonder la modification de l'affectation qui engendre une transmission universelle : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°76, p. 71.

¹⁵⁸⁹ R. RAFFRAY, *op. cit.*, ndbp 351, p. 77 : « Est ayant-cause universel ou à titre universel celui qui reçoit une universalité de droit correspondant au patrimoine à une partie du patrimoine de son auteur. »

¹⁵⁹⁰ R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°83, p. 77.

permet d'opérer une distinction entre le transfert de l'universalité, le bien, et celui des titres particuliers, les droits que l'universalité fédère. ».

530. Le rejet du transfert de l'universalité comme bien unique. – La lecture traditionnelle de la notion de transmission universelle repose sur l'idée que l'ayant-cause récupère l'ensemble de l'actif transmissible sans qu'il soit nécessaire que celui-ci soit mentionné dans l'acte de transmission universelle et il en va de même pour le passif. Ainsi la jurisprudence a, de longue date, rappelé, concernant l'apport partiel d'actif, que « la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit dès lors que le bien, droit et obligation se rattachent à la branche d'activité apportée, même sur les biens, droits et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figureraient pas dans le traité d'apport¹⁵⁹¹ ». Une distinction parmi les biens demeure pourtant car certains biens ou certaines dettes ne sont pas cessibles¹⁵⁹², certains biens de l'auteur ne figurent pas dans l'universalité envisagée¹⁵⁹³. Autrement dit, pour pouvoir opérer une transmission universelle, il est nécessaire d'identifier les éléments transférés¹⁵⁹⁴. L'opération fait alors apparaître une contradiction qu'il convient de régler : comment admettre qu'il s'agisse d'un transfert du tout alors qu'il faut envisager les titres particuliers à transférer ?

531. Lecture renouvelée de la transmission universelle. – L'universalité n'est pas cessible¹⁵⁹⁵, pas plus que l'intérêt fédérateur qui est à son fondement¹⁵⁹⁶. Envisager la transmission universelle comme le transfert d'une universalité, en tant que contenant, doit

¹⁵⁹¹1591 Com, 24 févr. 2004, *BJS 2004*, p. 649, note P. LE CANNU, *D.* 2004, Somm. 2929, obs. J.C. HALLOUIN.

¹⁵⁹² Certaines dettes sont par exemple exclues de la succession : v. C. PÉRÈS & CH. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF 2018, n°611, p. 528 ; de la même manière, le principe de personnalité des peines s'oppose à la transmission des condamnations en matière pénale : art. 121-1, C. Pén. et par ex. Crim. 14 oct. 2003, Bull. Crim. n°189, *Rev. sociétés* 2004, p. 161, note B. BOULOC ; *D.* 2004, Somm. 319, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *BJS 2004*, p. 265, note J.F. BARBIÈRI.

¹⁵⁹³ En dehors de l'exclusion, logique, des biens extrapatrimoniaux, lesquels ne figurent normalement dans aucune universalité, les biens qui dépendent d'une universalité ne sont pas censés se retrouver dans une autre du même titulaire. C'est pourquoi l'article L.526-6 du code de commerce prévoit que « (...) un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté ».

¹⁵⁹⁴ Le Professeur DESHAYES écrit ainsi que « postulant le transfert en bloc des éléments du patrimoine, le caractère universel de la transmission ne permet pas en revanche d'affirmer que tous les droits et dettes de l'auteur sont transmissibles. Un principe de transmissibilité à cause de mort ou en cas de transmission universelle du patrimoine d'une personne morale existe bien mais sa justification doit être trouvée ailleurs. Par ailleurs, son domaine d'application doit être correctement circonscrit. » : O. DESHAYES, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Ayant-cause, n°110. Et le Professeur RAFFRAY admet à son tour que « l'universalité ne fournit pas un critère de transmissibilité de chaque titre particulier de l'apporteur de patrimoine. Pour cela, il faut en effet obligatoirement prendre en compte la nature du titre particulier afin de déterminer si celui-ci est transmissible ou non » : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°346, p. 270.

¹⁵⁹⁵ Cf. *supra* (n°234 et s.)

¹⁵⁹⁶ Cf. *supra* (n°513 et s.)

donc être rejeté. La transmission universelle est, selon nous, une cession du contenu de l'universalité plutôt que celle du contenant. En d'autres termes, c'est l'opération qui est universelle, pas son objet. La fonction de l'universalité de droit est de permettre la création d'une assiette spécifique pour un droit de gage général nouveau. C'est au service de celui-ci que les biens sont transférés. Il n'est donc aucune raison de voir, lorsque la poursuite de l'intérêt qui justifie la création d'un tel droit de gage passe d'une personne à une autre, le transfert de l'enveloppe. La masse universelle n'est qu'un outil au service d'une fin. Une nouvelle universalité est donc créée pour accueillir les biens et les dettes transférés¹⁵⁹⁷. Il est alors possible d'affirmer que seul le contenu est cédé dans le cadre d'une transmission universelle, le contenant étant propre à chaque titulaire d'universalité¹⁵⁹⁸. Si l'utilité de la notion d'universalité de fait est bien de permettre une cession globale¹⁵⁹⁹, celle de l'universalité de droit n'est autre que le moyen d'affecter des biens à la garantie de dettes. Le maintien de cette affectation permet de justifier le transfert d'actifs ou de passifs inconnus ou, dira-t-on, occultes, au moment de l'opération sans qu'il soit nécessaire de passer par une cession de l'enveloppe.

532. Les éléments oubliés ou retrouvés. – Le législateur prévoit, dans le cadre des transmissions universelles, qu'un élément, actif ou passif, qui serait découvert postérieurement à l'opération de transmission, va directement et automatiquement intégrer l'universalité de droit de l'ayant-cause universel. Ainsi l'héritier est-il tenu des dettes, même celles dont il n'avait pas connaissance au moment de l'acceptation de la succession¹⁶⁰⁰. De la même manière, la société bénéficiant d'un apport partiel d'actif (soumis au régime des scissions) est propriétaire des éléments actifs de la société apporteuse quand bien même le bien n'aurait pas figuré dans la liste établie lors de l'opération¹⁶⁰¹. De ces dispositions, il serait possible de retenir, comme le font la majorité des auteurs, que la transmission universelle est une cession portant sur l'universalité. Ainsi, ces auteurs expliquent le

¹⁵⁹⁷ L'analyse est d'autant plus convaincante qu'elle s'accorde, au-delà de sa nature et de sa fonction, avec la structure de l'universalité juridique qui peut être perçue comme une « structure d'accueil » des biens affectés : expression empruntée de C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, n°31 et s., p. 30 et s.

¹⁵⁹⁸ Les universalités de droit sont, en tant que bien extrapatrimoniaux, nécessairement attachés à la personne : cf. *supra* (n°128 et n°479)

¹⁵⁹⁹ V. en ce sens, A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, éd. Varennes 2012 ; v. également *supra* (n°9).

¹⁶⁰⁰ Sauf si l'acquiescement de ces dettes « aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel » : art. 786, C. Civ.

¹⁶⁰¹ C'est d'ailleurs le juge qui détermine, lorsqu'un doute surgit quant au domaine de la branche d'activité, les biens qui sont transmis ; sont alors compris dans la branche, les biens nécessaires à l'activité : Com, 30 oct. 1989, n°87-19766, Bull. Civ. IV, n°264 ; *RTD Com.* 1990, p. 52, note Y. REINHARD. Il en va d'ailleurs de même du passif occulte : Com, 4 févr. 2004, n°00-13501, *D.* 2004, p. 2929, note. J.C. HALLOUIN.

rattachement *a posteriori* du bien ou de la dette caché(e) ou inconnu(e) au moment de la transmission par l'appartenance de ce bien ou de cette dette à l'ensemble universel qui a été cédé. Dès lors qu'est admise l'idée que le bien n'est lié à la dette (ou l'inverse) que par une affectation à la poursuite d'un intérêt spécifique et identifié, le simple maintien de cette affectation suffit à justifier le rattachement du bien ou de la dette à la personne qui poursuit cet intérêt¹⁶⁰². N'est-ce pas d'ailleurs le même raisonnement qui est appliqué à l'immobilisation par destination ? L'affectation du meuble à l'immeuble justifie son transfert lorsque l'immeuble est cédé. Le maintien de l'affectation du bien en justifie la cession groupée. L'universalité répond de la même logique : l'affectation à l'intérêt fédérateur et le maintien de cette affectation suffit à justifier le transfert du bien ou de la dette affecté(e). L'appartenance à tel ou tel ensemble universel n'est donc plus utile.

533. Définition de la transmission universelle. – La transmission universelle peut alors être définie comme l'opération par laquelle, lorsque l'intérêt qui fédère un ensemble universel est poursuivi par un autre que son titulaire, les biens et les dettes qui sont réunis autour de cet intérêt, lui sont transférés de manière simplifiée. L'ayant-cause universel, tenu par l'affectation choisie par son auteur bénéficie alors d'une cession simplifiée des biens et des dettes contenus dans l'universalité juridique de son auteur. Le maintien de cette affectation passe par l'obligation, pour l'ayant-cause, de créer à son tour une structure d'accueil des biens et des dettes. Concevoir la transmission universelle de cette manière s'avère nécessaire d'un point de vue théorique mais également du côté de la création d'un régime cohérent applicable à toutes les universalités de droit. Analyser la transmission universelle comme une opération simplifiée d'éléments particuliers permet d'abord théoriquement de tirer les conséquences de la qualification de l'universalité de droit en un bien extrapatrimonial. L'aspect technique de cette approche est également nécessaire en termes de domaine d'application car la transmission universelle ne doit pas avoir vocation à ne s'appliquer au seul droit des sociétés ou au droit des successions.

534. Conclusion de la section. – À l'issue de cette étude, l'universalité de droit se présente comme un objet particulier. Technique d'aménagement du droit de poursuite des créanciers, elle est créée par l'effet d'une affectation des biens aux dettes qui permettent de poursuivre un intérêt spécifique. L'ossature de ce bien extrapatrimonial s'appuie sur tous ces

¹⁶⁰² On se souvient d'ailleurs que l'un des obstacles à la cession de dette réside dans l'idée que « à la différence de la créance, la dette est inséparable de sa cause » : J. FLOUR, J.L. AUBERT & E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations – Le rapport d'obligation*, t. 3, éd. Sirey 2015, n°414, p. 404-405

éléments : affectation, intérêt fédérateur et droits des créanciers sont les vertèbres qui tiennent ensemble le corps que forme la masse des biens et des dettes. À l'image d'un corps enfanté par la volonté d'un sujet, l'ensemble universel ne peut être cédé. Ses composantes peuvent néanmoins se greffer à un nouveau corps, si l'affectation à l'intérêt qui les tient ensemble est maintenue. Élément essentiel à l'opération, c'est la poursuite d'un intérêt similaire, née dans l'esprit de l'ayant-cause universel, qui détermine la validité de cette greffe. Structure d'accueil des biens et des dettes, l'universalité est une chose qui est nécessairement rattachée à son titulaire. L'enveloppe n'est jamais cédée, le contenu en revanche peut l'être.

535. Conclusion du chapitre. – L'affectation des biens à la garantie de certaines dettes ne peut se faire qu'au regard de la poursuite d'un intérêt juridiquement reconnu. Or celui-ci naît d'une volonté et dépend de celle-ci pour avoir une existence tangible. Cette complémentarité entre intérêt et volonté explique le caractère propre des universalités de droit. Bien extrapatrimonial rattaché à leur titulaire, la masse universelle n'est pas un objet comme les autres. Elle lie son titulaire au respect de l'affectation qui l'a créée et doit être strictement encadrée. En ce sens, elle ne peut être ni saisie, ni cédée. La transmission de l'universalité de droit passe donc par une opération spéciale : la transmission universelle, laquelle correspond au transfert global et simplifié de titres particuliers, de titres affectés. En d'autres termes, l'universalité ne peut être cédée, son contenu peut en revanche être transmis.

CHAPITRE 2ND – L’ENCADREMENT DE LA TRANSMISSION DU CONTENU DE L’UNIVERSALITE

536. Transmission et cession. – Limité dans son pouvoir de disposer de son bien, le titulaire de l’universalité de droit ne peut la céder en tant qu’ensemble. Il est néanmoins des situations où la transmission de l’intégralité du contenu de la masse universelle est prévue par le législateur. Il faut donc noter d’abord que la transmission du contenu n’est pas la cession du contenant. À l’image de la théorie selon laquelle le transfert de propriété n’est pas une cession du droit même sur la chose mais l’abandon de la chose par le propriétaire cédant au profit du propriétaire cessionnaire¹⁶⁰³, il est possible de voir que la transmission de l’universalité vise non pas à céder l’ensemble universel mais uniquement ses éléments. Le truchement théorique qui s’établit permet de préserver la cohérence de la notion qui, attachée à l’intérêt, est un objet éminemment personnel. La nature commande le régime.

537. Modes de transmission de l’universalité. – Une transmission ne semble pouvoir être qualifiée d’universelle que si elle intervient en l’absence de toute liquidation, c’est-à-dire en l’absence du règlement du passif. Aux termes de l’activité qui a justifié la création de l’ensemble universel, deux solutions sont possibles : désintéresser les créanciers immédiatement ou garantir le paiement de leur créance. Pour transférer l’actif, il faut

¹⁶⁰³ V. par ex. E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété*, th. Paris 1896 ; L. RIGAUD, *Le droit réel : Histoire et théories – Son origine institutionnel*, th. Toulouse 1912 ; M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 441 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n°177, p. 280 et n°186, p. 295 ; PH. CHAUVIRÉ, th. préc.

permettre, toujours dans un objectif de protection des tiers, le paiement immédiat ou la garantie du paiement. En ce sens, l'universalité est destinée à être transmise avec ou sans le passif. Il s'agit, autrement dit, de dissocier transmission universelle et liquidation. Identifier les éléments contenus dans l'universalité afin de déterminer lesquels seront transmis et lesquels disparaîtront s'apparente alors à un inventaire¹⁶⁰⁴, lequel vient s'opposer à la notion de liquidation. De ce constat, il est possible d'affirmer qu'il existe deux issues possibles lorsqu'une universalité prend fin : une transmission universelle ou une liquidation. Cette dernière se distingue de la transmission universelle par la nécessité de régler le passif avant de transmettre l'éventuel boni de liquidation. Avant de s'interroger sur le régime de ces différents modes de transmission (*SECTION 2*), il est nécessaire d'en déterminer les domaines respectifs (*SECTION 1*).

SECTION 1 – LIQUIDATION ET TRANSMISSION UNIVERSELLE

SECTION 2 – REGIME DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE

¹⁶⁰⁴ L'inventaire est en effet défini comme « l'opération consistant à énumérer les qualités des parties et à décrire les éléments actifs et passifs d'une masse de biens » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2013, V°Inventaire. La liquidation en revanche est « l'opération par laquelle on apure, règle et solde des comptes après en avoir déterminé le montant de manière définitive » : G. CORNU, *ibid.*, V°Liquidation.

SECTION I – LIQUIDATION ET TRANSMISSION UNIVERSELLE

538. Les causes de transmission de l'universalité de droit. – Si le contenu de l'universalité de droit peut être transmis, c'est en raison d'une modification dans l'affectation des biens et des dettes qui permet à l'ensemble universel d'exister comme un tout. Mais les événements qui viennent perturber cette affectation peuvent être de nature différente, ce qui suggère un traitement différent selon les situations. L'apparition d'un intérêt fédérateur chez l'ayant-cause universel, similaire à celui de son auteur, permet le maintien de l'affectation. C'est alors l'équivalence entre les intérêts qui justifie la préservation de cette affectation. À l'inverse, lorsque l'ayant-cause universel n'a pas vocation à poursuivre un intérêt fédérateur équivalent¹⁶⁰⁵, la transmission ne peut se faire sans liquidation, sous peine de porter un préjudice trop important aux droits des tiers. En ce sens, une distinction semble nécessaire entre les modes de transmission des universalités : la liquidation se distingue alors de la transmission universelle (I). Elle s'organise autour du désintéressement des créanciers, du règlement du passif (II).

I. Distinction entre transmission universelle et liquidation

539. Une distinction par le domaine d'application. – Les situations où la liquidation s'impose sont, une fois de plus, liées à l'intérêt fédérateur. Nécessaire à son existence et à sa survie, l'intérêt ne peut survivre au titulaire, ce qui explique la liquidation de l'universalité lorsque son titulaire décède. Est-ce alors à considérer qu'une transmission universelle sans liquidation est impossible dans le cadre des successions ? Cette question invite à s'interroger sur le champ d'application de la transmission universelle, notamment les situations où elle doit être exclue (A). Si la liquidation s'impose en dehors des cas de transmission universelle, c'est qu'il faut dissocier les différentes façons dont l'universalité disparaît, les manières dont son contenu est transféré d'une masse à une autre (B).

¹⁶⁰⁵ L'équivalence des intérêts n'est pas une identité dans la mesure où les intérêts fédérateurs de deux universalités successives n'ont pas besoin d'être exactement les mêmes. La poursuite d'un intérêt lucratif par exemple suffit à justifier la transmission universelle en cas de fusion-absorption d'une société par une autre. De la même manière, l'EIRL doit pouvoir transmettre l'intégralité du contenu de son universalité professionnelle à un ayant-cause universel même lorsque ce dernier exerce une activité différente. La souplesse de l'exigence d'équivalence entre les intérêts fédérateurs de deux titulaires successifs d'universalité s'explique par les moyens mis en place pour protéger le droit des créanciers (cf. infra : n°593 et s.).

A. Critère de distinction : la reprise de l'intérêt fédérateur

540. Caractère essentiel de la transmission universelle. – La transmission universelle se distingue de la liquidation en ce qu'elle emporte transmission du passif en plus des éléments actifs de l'universalité¹⁶⁰⁶. À l'inverse, la liquidation implique l'effacement préalable des dettes avant la transmission de l'actif s'il en reste. La difficulté principale de la transmission universelle réside ainsi dans l'idée que le passif doit être transmis. Or le transport des dettes se confronte à la nécessité de protéger le créancier qui, s'il n'a pas consenti à l'opération, ne peut se voir opposer le transfert de la dette. Intéressé par la solvabilité du débiteur¹⁶⁰⁷, il doit en principe donner son accord au changement de débiteur, particulièrement s'il doit perdre tout recours contre l'auteur, débiteur initial¹⁶⁰⁸. S'ajoute à cette difficulté, l'idée que le passif trouve son fondement, en droit des universalités, dans la poursuite de l'intérêt fédérateur. Il est ainsi des cas où le passif ne peut être transmis, faute pour l'ayant-cause de pouvoir reprendre l'intérêt en question¹⁶⁰⁹. La distinction entre les modes de transmission d'une universalité semble ainsi pouvoir se faire sur le fondement de la reprise de l'intérêt fédérateur d'où découle le maintien de l'affectation des biens et des dettes d'une part, et la transmission du passif d'autre part. Ces trois éléments permettent ainsi de caractériser la transmission universelle.

541. La reprise de l'intérêt fédérateur, condition essentielle de la transmission universelle. – L'universalité de droit repose exclusivement sur l'existence d'un intérêt

¹⁶⁰⁶ Communément admis en doctrine, en jurisprudence et surtout par le législateur, la caractéristique essentielle de la transmission universelle est qu'elle permet une transmission du passif : en ce sens, v. par ex. Com, 13 févr. 1963, Bull. Civ. III, n°87 ; Com, 30 mars 1993, D. 1993, 384, note P. LE CANNU ; RJDA 1993, n°839 ; BJS 1993, p. 676, note A. COURET. V. aussi art. L. 236-14, C. Com. V. enfin J. GHESTIN, G. LOISEAU, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°443 et s., p. 503 et s. ; R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°87, p. 80-81 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°137 et s., p. 145 et s. ; A.S. BARTHEZ, *op. cit.*, n°4 et s., p. 5 et s. ; M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, Litec 1991, n°5, p. 288.

¹⁶⁰⁷ E. GAUDEMET, *Études sur le transport des dettes à titre particulier*, éd. A. ROUSSEAU 2898, p. 477 : « le créancier a choisi un débiteur en raison de sa solvabilité. On ne peut lui en imposer un autre, peut être insolvable. ». Ainsi, la cession de dette ne peut être parfaite qu'avec l'accord du créancier : en ce sens, J. FLOUR, J.L. AUBERT & E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations, Le rapport d'obligation*, t. 3, Sirey 2015, n°414 et s., p. 404 et s. ; FR. TERRÉ, PH. SIMLER & Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz 2013, n°1308, p. 1357. Ce point qui ne fait plus débat explique les difficultés à reconnaître une véritable cession de dette en droit français, malgré la qualification qu'en donne le législateur : v. sur ce point, G. CHANTEPIE & M. LATINA, *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016, n°880, p. 753-754 ; O. DESHAYES, TH. GÉNICON & Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, LexisNexis 2016, p. 655 et s.

¹⁶⁰⁸ Ce qui serait le cas s'il fallait admettre une véritable cession de dettes sans l'accord du créancier. C'est vers cette fin que tend d'ailleurs la transmission universelle.

¹⁶⁰⁹ Cf. *infra* (n°545).

distinct sans lequel la séparation entre l'universalité et le patrimoine légal de son titulaire est injustifiée. Or si la transmission universelle permet, comme nous l'avons vu, de transférer les éléments contenus dans la masse universelle au profit d'une nouvelle masse créée pour les recueillir, il faut qu'un intérêt fédérateur similaire puisse être identifié. Cet élément essentiel de la transmission universelle est d'ailleurs pris en compte par le législateur. Celui-ci a prévu, concernant l'universalité professionnelle de l'EIRL, une option au profit des héritiers de l'entrepreneur individuel. Ainsi l'article L.526-15 du Code de commerce prévoit-il qu'en cas de décès, « la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. ». Ce principe connaît cependant une exception et l'article suivant prévoit à son tour que « l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. ». Ici la survie de l'universalité de droit et la transmission de ses éléments dépendent donc essentiellement de la poursuite de l'intérêt fédérateur par l'un des héritiers du titulaire¹⁶¹⁰. À défaut d'une reprise de l'intérêt fédérateur, les éléments de l'universalité sont également transmis d'une masse à une autre, le titulaire de ces deux masses pouvant être la même personne ou deux sujets différents. La cessation de l'affectation peut emporter retour des biens affectés dans le patrimoine légal du propriétaire. Mais à la différence de la transmission universelle, une liquidation est nécessaire avant le transfert de ce qu'il reste de l'actif.

542. La reprise de l'intérêt emporte maintien de l'affectation. – L'intérêt fédérateur se présente comme l'objectif poursuivi qui justifie la réunion des biens dans un ensemble qui est exclu du gage général des créanciers. C'est la technique de l'affectation qui permet cet aménagement du droit de poursuite. C'est également cette même affectation qui crée un lien entre actif et passif, entre biens et dettes¹⁶¹¹. De la sorte, il paraît nécessaire de voir dans la transmission universelle le maintien de ces deux affectations interne et externe de l'universalité de droit. L'hypothèse se vérifie en droit des sociétés¹⁶¹² comme en droit des successions¹⁶¹³. De la même manière, on peut imaginer que toutes les universalités juridiques

¹⁶¹⁰ Nous verrons que ces dispositions sont problématiques car elles soulèvent des interrogations en l'état actuel : cf. *infra* (n°567 et s.).

¹⁶¹¹ Cf. *supra* (n°57 et s.).

¹⁶¹² La seule exigence de l'existence d'une société qui accueille les biens et les dettes de l'universalité transmise (patrimoine social entier en cas de fusion absorption ou branche d'activité en cas d'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions) permet d'attester de la nécessité d'identifier un intérêt social nouveau, lequel atteste du maintien de l'affectation externe. La transmission automatique du passif, rattaché à l'actif transmis, marque, quant à elle, le signe du maintien de l'affectation interne.

¹⁶¹³ Cf. *infra* (n°544).

sont soumises à cette condition de maintien de l'affectation. C'est d'ailleurs ce maintien de l'affectation qui concrétise la reprise de l'intérêt fédérateur : l'un ne va pas sans l'autre puisque l'un est la conséquence directe et nécessaire de l'autre.

543. La reprise de l'intérêt emporte transmission du passif. – Enfin, la transmission universelle emporte un effet principal qui la distingue des autres opérations qui touchent l'universalité de droit : elle emporte transmission du passif. Il est alors possible de retenir que peu importe le fondement de la transmission des dettes, la difficulté du transport des dettes à titre particulier disparaît dès lors que le passif est transmis avec l'actif. En effet, ce qui s'oppose traditionnellement au transfert des dettes sans l'accord du créancier réside dans le fait que celui-ci choisit un débiteur en raison de sa solvabilité¹⁶¹⁴. Mais la solvabilité de chacun est déterminée en fonction de ce qu'il peut offrir en garantie de l'exécution de l'obligation. Ainsi, dès lors que l'actif est cédé avec le passif, la dette est cédée avec la même garantie d'exécution. Autrement dit, l'assiette du droit de poursuite du créancier est inchangée, ce qui explique pourquoi l'opération de transmission universelle se passe de l'accord de chaque créancier¹⁶¹⁵. Cela revient en revanche à maintenir le lien entre l'actif et le passif, à conserver l'affectation de biens déterminés à la garantie de dettes spécifiques.

B. Domaine de la transmission universelle

544. Sens de la reprise de l'intérêt : l'exemple du droit des successions. – La théorie de la continuation de la personne en droit des successions repose sur l'idée que les héritiers poursuivent le même intérêt, général et indifférencié, que le défunt. Il faudrait en déduire que l'affectation externe de son patrimoine est maintenue car l'intérêt fédérateur survit au titulaire¹⁶¹⁶. Autrement dit, le patrimoine du défunt ne formerait un tout que parce qu'il traduit la poursuite de l'intérêt de la personne défunte. Partant, son intérêt lui survivrait car il serait repris par les héritiers. Mais, une fois encore, le caractère personnel et immanent de l'intérêt en empêche la circulation. Les héritiers ne poursuivent pas l'intérêt du défunt : ils n'agissent pas pour le représenter, ils ne gèrent pas ses biens pour ses besoins, ils ne

¹⁶¹⁴ C'est d'ailleurs cette même raison qui justifie les aménagements conventionnels permettant de s'opposer à la cession d'un contrat sans l'accord du cocontractant : cf. *infra* (n°592).

¹⁶¹⁵ En ce sens, R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011, n°356, p. 280-281 ; A.S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations – Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I 2000, n°344, p. 271.

¹⁶¹⁶ R. RAFFRAY, *ibid.*

règlent pas ses dettes pour le libérer¹⁶¹⁷. Peut-être est-il possible alors de voir ici la mutation d'un intérêt individuel, celui du défunt, en un intérêt commun, celui des héritiers, ce qui permettrait d'expliquer le passage d'une universalité parfaite – le patrimoine légal du *de cuius* – à une universalité imparfaite – l'indivision successorale¹⁶¹⁸. Autrement dit, l'intérêt n'est pas cédé, il est repris¹⁶¹⁹ par les héritiers acceptants, ce qui permet une transmission universelle du patrimoine¹⁶²⁰.

545. L'impossible reprise d'un intérêt commun. – Il n'existe pas de transmission universelle pour les universalités imparfaites dès lors que la pluralité de titulaires et surtout leur réunion autour d'un intérêt commun empêche la reprise de cet intérêt par un autre. Si un couple divorce par exemple, l'intérêt que ses membres poursuivaient ensemble ne pourra être repris, quand bien même l'un d'eux se remarierait et aurait la garde de leurs enfants. Si par définition, l'intérêt est personnel, la notion même d'intérêt commun semble antinomique. Parmi les définitions qu'en propose le Professeur MEKKI, les intérêts, qu'ils soient individuels, collectifs ou communs, ont cela de commun qu'ils peuvent tous être considérés comme « immanents »¹⁶²¹. Or « est immanent à un être ou à un ensemble d'êtres ce qui est

¹⁶¹⁷ Il serait tentant de retenir ici les justifications sociologiques ou morales de l'obligation *ultra vires* selon lesquelles traditionnellement, les héritiers se sentaient investis d'un devoir moral de régler les dettes du défunt pour sauver son honneur. Plusieurs arguments militent en défaveur d'un tel fondement. D'une part, en retenant que la loi est une règle générale et impersonnelle, l'obligation *ultra vires* des héritiers est plus facilement justifiable du point de vue économique que sociologique. En effet, considérer que le législateur impose le paiement des dettes du défunt aux héritiers pour ne pas pénaliser les créanciers et, plus généralement, l'économie du pays, semble bien plus général et impersonnel que l'idée d'une piété filiale qui, si elle existe au sein de certaines familles, ne semble pas faire l'unanimité. D'autre part, et dans la continuité de ce premier argument, le droit des successions a connu une véritable évolution et les héritiers sont davantage encouragés à accepter la succession à concurrence de l'actif net aujourd'hui qu'il y a quelques siècles. Le Professeur RAFFRAY écrit d'ailleurs que « la substitution de l'intérêt de l'ayant-cause à celui de son auteur comme élément d'imputation de ses droits patrimoniaux explique la possibilité d'un détachement du patrimoine et de son titulaire, dès lors que les biens et les dettes sont immédiatement attachés à un autre sujet : il n'y a jamais de vacance dans la titularité des droits » : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°20, p. 21. De manière plus nuancée mais dans le même sens, v. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2018, n°191, p. 195-196 (l'auteur s'inspire de la thèse de Madame GASNIER : FL. GASNIER, *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Defrénois 2013, spéc. n°15 et s., p. 9 et s.).

¹⁶¹⁸ Cette analyse permet par ailleurs de confirmer la relecture de la notion de transmission universelle. En effet, voir dans cette opération, la création d'une nouvelle universalité pour accueillir les biens et dettes transmis se vérifie ici puisqu'en cas de pluralité d'héritiers, c'est la création d'une indivision qui permet de recueillir les biens et dettes du défunt : *cf. supra* (n°531).

¹⁶¹⁹ Sur la distinction entre cession d'intérêt et reprise d'intérêt : *cf. supra* (n°524 et s.).

¹⁶²⁰ L'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net ne permet pas la création d'une nouvelle universalité. Il s'agit simplement de tenir le patrimoine du défunt séparé des biens du ou des héritiers, pour les besoins de la liquidation. C'est une procédure collective civile, rien de plus : *cf. infra* (n°555 et s.). C'est d'ailleurs ce qu'écrivent certains auteurs : « à la différence du bénéfice d'inventaire, la nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net jouit d'un fonctionnement qui l'apparente, à divers égards, à une véritable procédure collective. » : R. LE GUIDECC & G. CHABOT, *Répert. Dalloz Civ., V°Succession : liquidation et règlement du passif héréditaire*, n°135.

¹⁶²¹ M. MEKKI, in *Dictionnaires des biens communs*, (dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD), PUF 2017, V°Intérêt collectif & V°Intérêt commun (notamment dans le rapprochement avec l'intérêt général).

compris en eux, et ne résulte pas chez eux d'une action extérieure¹⁶²² ». Ainsi, si l'intérêt est propre à chacun, il arrive que les intérêts de plusieurs individus soient, sinon identiques, au moins convergents. Mais dès lors que les intérêts, en principe tenus à l'écart du droit, sont encadrés juridiquement – dès l'instant où ils prennent vie sur la scène juridique –, ils se rattachent nécessairement à un sujet. Il n'est pas d'intérêt sans volonté¹⁶²³. Il est alors possible d'en déduire que l'intérêt commun crée une relation entre différents sujets. Il suffit d'observer le régime des techniques qui mobilisent un tel intérêt pour s'en convaincre. Il est en effet impossible de créer une communauté seul ; de même, le lien créé entre indivisaires permet de s'opposer à l'entrée d'un inconnu au sein de l'indivision¹⁶²⁴. Partant, l'intérêt commun est nécessairement rattaché à un groupement de personnes.

546. Intérêt commun, groupements et inaccessibilité de l'universalité. – À moins d'intégrer un nouveau membre au groupement (ce qui est possible pour l'indivision, mais pas pour la masse commune), les liens qui se créent par le partage d'un intérêt commun sont trop intimes pour être repris ailleurs. C'est ce qui est suggéré dans l'existence du droit de préemption de l'indivision. Cohérente avec l'idée d'une inaccessibilité générale des biens extrapatrimoniaux, cette analyse permet d'expliquer les différences entre les catégories d'universalité. L'unité de la notion est ainsi préservée malgré la pluralité de ses applications. Structurée autour d'un intérêt nécessairement commun, l'universalité imparfaite est donc inaccessible. Plus encore, elle semble également intransmissible et son contenu n'a donc pas vocation à circuler sans liquidation. Autrement dit, il est impossible de transmettre les dettes d'une universalité imparfaite en cédant l'intégralité des biens qui sont censés les garantir. Les universalités imparfaites n'ont donc finalement qu'une seule destinée, ce sont des masses liquidatives¹⁶²⁵.

547. Universalités imparfaites : des masses liquidatives. – Que faut-il entendre par « masse liquidative » ? Est-ce un autre terme pour désigner les universalités imparfaites ? La masse est le terme qui correspond le mieux à l'universalité de droit¹⁶²⁶ ; en tant que tout

¹⁶²² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, V° Immanent, PUF 1999.

¹⁶²³ En ce sens, R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, coll. La Mémoire du Droit, 2003 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé – Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, th. Bordeaux 2016 ; T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, th. Caen 2013, n° 162 et s., p. 43 et s.

¹⁶²⁴ C'était d'ailleurs l'origine du retrait d'indivision (anc. art. 841). En ce sens, FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2018, n° 559, p. 455 et s. ; FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les biens*, PUF 2008, n° 399, p. 581.

¹⁶²⁵ V. A.C. VAN GYSEL, *Les masses liquidatives en droit privé*, Bruylant 1997.

¹⁶²⁶ Cf. *supra* (n° 162).

cohérent, celle-ci est, semble-t-il, orientée vers un objectif spécifique, l'aménagement du droit de poursuite des créanciers. Y mettre fin, c'est donc désintéresser les créanciers. Ce sont ces derniers qui sont les premiers concernés par la création de l'ensemble universel, ce sont eux qui doivent également être pris en compte lors de sa disparition. En ce sens, si l'assiette de leur droit de gage général disparaît, ils doivent pouvoir se servir sur les biens qui composent l'assiette au moment de la cessation de la poursuite de l'intérêt fédérateur. En ce sens, une universalité intransmissible est une universalité destinée à être liquidée¹⁶²⁷.

548. Délimitation du domaine de la transmission universelle. – La transmission universelle est donc conditionnée à la reprise de l'intérêt fédérateur ; sans cette reprise, l'intérêt en question et l'universalité qui en dépend disparaissent, imposant une liquidation avant transmission des biens contenus dans la masse. Érigée comme première condition de l'opération¹⁶²⁸, la reprise de l'intérêt ne semble envisageable que pour les masses universelles jouissant d'une autonomie complète. En ce sens, la transmission universelle se présente comme une particularité de l'universalité parfaite. Le patrimoine légal, le fonds commun de placement ou de titrisation comme l'universalité professionnelle ou fiduciaire sont ainsi concernés. Tous ont vocation à faire l'objet d'une transmission universelle et si le principe est celui de l'intransmissibilité du patrimoine entre vifs, rien n'empêche en revanche de transmettre, sans liquider, le contenu intégral des universalités spécifiques parfaites. Pourtant, la liquidation n'est pas l'apanage de l'universalité imparfaite et si ces dernières ne peuvent faire l'objet d'une transmission universelle, les universalités parfaites peuvent en revanche être liquidées. Ainsi, l'EURL par exemple donne lieu à une transmission universelle lorsque l'ayant-cause est une personne morale¹⁶²⁹. La dissolution de la société unipersonnelle

¹⁶²⁷ Une question se pose alors : si toute universalité imparfaite doit être liquidée, ne s'agit-il pas alors d'une autre notion ? N'y a-t-il pas une distinction à faire entre universalité parfaite d'un côté et masse liquidative de l'autre ? Une réponse négative s'impose. L'analyse des concepts pousse à se demander ce qui constitue une notion juridique. Plus exactement, dans le cadre de l'étude de l'universalité de droit, la question est celle de la distinction entre universalité parfaite et imparfaite. L'une et l'autre sont-elles suffisamment semblables pour être rangées sous une même bannière ? Leurs différences sont-elles trop importantes et impliquent-elles d'en faire deux notions complètement distinctes ? Au-delà de leurs caractéristiques communes, ces deux catégories d'universalités se rejoignent sur leur finalité : offrir une nouvelle assiette à un nouveau droit de gage général. Le contrat de vente et le contrat d'entreprise ne sont pas soumis à un régime identique mais ils restent tous deux des contrats. Ce n'est donc pas parce que l'universalité imparfaite se distingue par son intransmissibilité qu'elle devient pour autant autre chose. Personne ne songerait à remettre en cause la qualification de libéralité au testament pour la seule raison que, contrairement à la donation, il est librement révocable. L'analogie est ici possible et l'universalité imparfaite demeure une universalité de droit même si, contrairement à l'universalité parfaite, elle est intransmissible. Certaines règles d'ailleurs sont communes à toutes les universalités, ce qui suggère bien l'existence d'un droit commun aux côtés d'un droit spécial des universalités de droit.

¹⁶²⁸ Cf. *infra* (n°568 et s.).

¹⁶²⁹ Art. 1844-5, al. 3, C. Civ.

Le raisonnement est le même concernant la dissolution d'un EURL (art. L.526-17, C. Com.). La différence est alors conceptuelle. En effet, l'intérêt fédérateur est, avant l'opération, un intérêt individuel. Il se meut alors en

passé en revanche par une liquidation lorsqu'il s'agit de transmettre le contenu à une personne physique : les créanciers doivent alors être désintéressés avant que l'actif ne soit transmis à l'ayant-cause¹⁶³⁰.

II. La liquidation des universalités de droit

549. Le critère de distinction : absence de reprise de l'intérêt fédérateur. – À la différence de la transmission universelle, la liquidation des universalités se déduit de la disparition de l'intérêt fédérateur, de l'élément qui constitue le lien entre les biens et les dettes, entre le droit de créance et le droit de poursuite des créanciers, entre la propriété et l'obligation. La liquidation fait alors apparaître un double objectif : le désintéressement des créanciers d'une part, la transmission d'un éventuel reste de l'actif d'autre part. En ce sens, la liquidation est une opération qui est en principe immédiate et concomitante à la disparition de l'intérêt fédérateur. Il arrive pourtant souvent que les opérations permettant de liquider l'universalité prennent du temps. Il faut par ailleurs prendre en compte aussi les dettes qui ne sont pas arrivées à échéance au moment de la liquidation. Ce passage d'une masse dynamique et en constante évolution quant au contenu, à une masse statique et comptable peut engendrer des difficultés. Celles-ci invitent alors à maintenir fictivement l'ensemble comme un tout, indépendamment de l'existence d'un nouveau titulaire (A) avant de mettre en place une procédure de liquidation (B).

A. Les hypothèses de maintien de l'universalité pour les besoins de la liquidation

550. La survie de la personnalité morale en droit des sociétés. – Au titre de l'article 1844-8, alinéa 3 du Code civil, la personnalité morale d'une société survit à sa dissolution pour les besoins de la liquidation¹⁶³¹. L'utilité d'une telle fiction tient au maintien de l'autonomie patrimoniale par rapport au patrimoine légal de chacun des associés. La crainte d'un éventuel concours entre créanciers alors que chaque catégorie bénéficiait jusque-là

un intérêt collectif, justifiant la création d'une nouvelle personne morale. Et si l'article L.526-17 suggère la pré-existence de cette personne morale, rien n'empêche de la créer uniquement pour accueillir les biens et les dettes de l'EIRL. Autrement dit, il s'agit de transformer l'EIRL en une société.

¹⁶³⁰ Art. 1844-5, al. 4, C. Civ.

¹⁶³¹ V. A. BOUILLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. Sociétés* 1994, p. 393 et s. ; E. BORONAD-LESOIN, « La survie de la personne morale dissoute », *RTD Com.* 2003, p. 1 et s. ; D. VIDAL, « De la fictivité de la personnalité morale continuée pour les besoins de la liquidation », *Rev. Sociétés* 1990, p. 264 et s.

d'une exclusivité sur certains biens justifie cette séparation¹⁶³². « Les créanciers de la personne morale dissoute doivent être en mesure de faire valoir leurs droits exclusifs sur les actifs du groupement. C'est pourquoi le sort de ces intérêts collectifs est réglé grâce aux opérations de liquidation et de partage.¹⁶³³ ». Plus exactement, le maintien de la personnalité juridique correspond simplement au maintien d'un support pour l'intérêt fédérateur, le temps d'effectuer les opérations nécessaires à la transmission du contenu du patrimoine social aux associés. Madame BORONAD-LESOIN l'exprime d'ailleurs très bien : « conformément à la thèse de la réalité technique, l'opposition entre l'intérêt collectif de la personne morale et les intérêts individuels de ses membres permet de considérer le groupement comme un sujet de droit autonome. La prétendue survie n'est donc que la continuation de l'existence de l'être moral qui disparaîtra au moment de l'extinction de tout intérêt commun.¹⁶³⁴ ». En d'autres termes, c'est le maintien de l'intérêt fédérateur qui justifie la survie de la personnalité morale. L'intérêt demeure un temps sans être repris par un autre sujet de droit, sans être poursuivi par une nouvelle volonté. Il reste donc attaché à l'ancienne le temps de la liquidation. Il est alors possible d'en déduire qu'il n'y a pas là création d'une nouvelle universalité pour accueillir les biens qui se trouvent dans le patrimoine social¹⁶³⁵.

551. Le maintien de l'autonomie patrimoniale en droit des successions – Le raisonnement est identique pour la succession des personnes physiques en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net de l'un des héritiers¹⁶³⁶. La plupart des auteurs considère que malgré le bénéfice d'inventaire, l'héritier exerçant cette option demeure un héritier. En ce sens, il reste propriétaire au titre de la succession mais ses pouvoirs sont fortement diminués¹⁶³⁷. Néanmoins, une autre analyse de la situation est possible ; ainsi le Professeur

¹⁶³² En ce sens, Monsieur BOUILLOUX écrit-il que « La position de la Cour de cassation est sur ce point dépourvue de toute ambiguïté. Elle a depuis longtemps admis que la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés » : A. BOUILLOUX, *ibid.* ; v. à ce sujet, Cass. 3e civ., 13 mai 1986, n° 85-10.691.

¹⁶³³ E. BORONAD-LESOIN, *ibid.*

¹⁶³⁴ E. BORONAD-LESOIN, *ibid.*

¹⁶³⁵ On notera néanmoins qu'une fois le passif apuré, l'actif social n'est pas nécessairement distribué entre associés immédiatement. Apparaît alors une masse de biens réunis autour d'un intérêt commun : le patrimoine social se meut en indivision (*cf. infra* : n°563) Le parallèle est alors possible avec le décès d'une personne physique : *cf. supra* (n°544).

¹⁶³⁶ En cas d'acceptation pure et simple d'un seul ou de tous les héritiers, une transmission universelle a lieu et il ne s'agit pas du maintien du patrimoine du défunt pour les besoins de la liquidation. En effet, s'il s'agit d'un héritier unique, la transmission universelle s'opère et l'héritier récupère l'actif et le passif successoral. En cas de pluralité d'héritier, la transmission universelle a lieu par la création d'une nouvelle structure d'accueil : l'indivision successorale (*cf. infra* : n°544).

¹⁶³⁷ CH. JUBAULT, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, LGDJ 2010, coll. Montchrestien, n°1072, p. 709 ; C. PÉRÈS & CH. VERNIÈRES, *Droit des successions*, PUF 2018, n°652, p. 572 ; FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE & S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz 2014, n°982 et s., p. 867 et s. ; PH. MALAURIE & CL. BRENNER, *Droits des successions et des libéralités*, LGDJ-Lextenso 2018, n°255, p. 156

Michel GRIMALDI écrit-il au sujet de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net : « soit on le considère privé de la propriété des biens successoraux, qu'il a seulement la charge d'administrer : ses pouvoirs sont alors très limités, car le principe est que, sur les biens d'autrui, on n'a aucun pouvoir. Soit on le tient pour le propriétaire des biens successoraux : ses pouvoirs sont alors beaucoup plus étendus, car le principe est que, sur les biens à soi, on a tous les pouvoirs¹⁶³⁸ ». Si le Code de 1804 et la jurisprudence antérieure optait sans aucun doute pour la première analyse¹⁶³⁹, il est possible de douter de cette conception de l'acceptation à concurrence de l'actif net. En observant les arguments en faveur de l'analyse classique, seuls figurent, du point de vue des sources, cette jurisprudence ancienne – et peut-être obsolète – et l'idée de continuation de la personne du défunt¹⁶⁴⁰, si chère au système de succession à la personne – par opposition à la succession aux biens¹⁶⁴¹. Au titre des arguments qui militent vers une vision de l'héritier comme un administrateur plus qu'un propriétaire, de nombreux éléments peuvent être cités. D'abord, l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net peut être remplacé par un administrateur *ad hoc* désigné par le juge¹⁶⁴². Ensuite, il conserve ses droits contre la succession et toute confusion pour réunion des qualités de débiteur et créancier est ainsi impossible. Or s'il devait être propriétaire du patrimoine du défunt, il serait titulaire d'une créance contre lui-même, ce qui n'a pas de sens. Enfin, l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net n'a rien d'un propriétaire car au-delà des restrictions qui sont à ses pouvoirs sur les biens de la succession, il doit rendre des comptes aux créanciers. Force est alors d'admettre que cet héritier particulier a plus du mandataire que du propriétaire. La déjudiciarisation de la procédure de liquidation, qu'a apportée la réforme des successions en 2006¹⁶⁴³, ne permet pas de retenir une lecture contraire de cette option successorale : l'héritier est un administrateur intéressé plus qu'un propriétaire. On voit

; R. LE GUIDEC & G. CHABOT, *Répert. Dalloz Civ., V° Succession – Liquidation et règlement du passif héréditaire*, n°136-137 ; M. GRIMALDI, *Droit des successions*, LexisNexis 2017, n°617, p. 491 : « l'acceptation à concurrence de l'actif net est une acceptation, de sorte que, loin de placer le successeur à l'écart de l'hérédité, elle consolide sa qualité d'héritier ».

¹⁶³⁸ M. GRIMALDI, *op. cit.*, n°622, p. 494.

¹⁶³⁹ Tous les auteurs se fondent en effet sur une solution jurisprudentielle ancienne : Req. 18 août 1846, *D.* 1846, 4, p. 467 : « l'héritier sous bénéfice d'inventaire est un véritable héritier ; il peut être considéré comme propriétaire des biens de l'hérédité, et l'administration de la succession lui appartient de plein droit ».

¹⁶⁴⁰ Mais cette idée doit être rejetée : *cf. supra* (n°49 et n°214)

¹⁶⁴¹ « L'opposition entre les deux systèmes n'est pas en pratique aussi tranchée qu'il y paraît au premier abord » : FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE & S. GAUDEMET, *op. cit.*, n°785, p.702. Plus précisément, l'acceptation à concurrence de l'actif net rapproche le système français de la succession aux biens anglo-saxonne. La loi de 2006 permettant la désignation d'un administrateur pour gérer alors la succession et instituant le mandat à effet posthume milite d'ailleurs vers le renouvellement de l'analyse des successions françaises, notamment du point de vue du transfert de propriété et du rôle que joue l'héritier bénéficiaire dans la liquidation. V. également à ce sujet : CL. BRENNER, « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559 et s.

¹⁶⁴² Art. 813-1, C. Civ.

¹⁶⁴³ V. à ce sujet, V. BRÉMOND, « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N* 2006, 1331.

difficilement quel principe s'opposerait au cumul des qualités d'héritier et de mandataire car un héritier n'est propriétaire qu'au moment du transfert de propriété et il suffit alors de suspendre celui-ci au moment, non de l'exercice de l'option successoral mais à celui de la clôture de la liquidation¹⁶⁴⁴.

552. L'avantage : le maintien de l'universalité pour les besoins de la liquidation.

– Des points communs peuvent être dégagés à partir de ces deux situations : en cas de dissolution d'une société comme en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net d'une succession, le patrimoine de la personne dissoute ou décédée n'est pas transmis immédiatement à ses ayants-cause. Une période transitoire est donc créée pour les besoins de la liquidation, c'est-à-dire pour permettre un apurement du passif, pour désintéresser les créanciers de l'universalité. À la différence de la transmission universelle, l'universalité qui survit à son titulaire lors d'une liquidation n'est pas une nouvelle universalité¹⁶⁴⁵. Par ailleurs, la masse universelle n'est plus évolutive ; elle n'a pas ce dynamisme caractéristique de l'universalité de droit¹⁶⁴⁶. Elle n'est finalement qu'un amas d'éléments comptables qu'il faut liquider : de nouveaux actifs ou de nouvelles dettes n'ont pas vocation à intégrer l'ensemble. La question est alors de savoir si cette étape s'impose pour toutes les universalités de droit dont l'intérêt fédérateur disparaît.

553. Généralisation aux universalités de droit ? – L'objectif de toute opération de liquidation est d'atteindre un équilibre entre les intérêts du titulaire de l'universalité (ou de

¹⁶⁴⁴ Cette analyse soulève la question du patrimoine sans maître pendant le temps de la liquidation. Si l'héritier bénéficiaire n'est pas propriétaire des biens tant que la liquidation n'est pas clôturée, se pose la question de qui est propriétaire des biens pendant ce laps de temps. Qui doit répondre du dommage causé par les biens compris dans le patrimoine du défunt ? Qui peut agir en revendication ou en responsabilité lorsqu'un des biens est volé ou détérioré ? Pendant longtemps, l'héritier était la seule solution acceptable pour répondre à ces interrogations. Continueur du *de cuius*, il en représentait les intérêts. Mais, au-delà des raisons pour lesquelles cette théorie de la continuation de la personne est irrecevable (*cf. supra* : n°214), il est légitime de se demander si une fiction n'en vaut pas une autre. En effet, non applicable aux personnes morales, la théorie de la continuation de la personne crée une dichotomie entre patrimoine des personnes physiques et patrimoine des groupements personnifiés, là où la survie, certes fictives, de la personnalité pour les besoins de la liquidation peut tout à fait s'appliquer à tous les patrimoines et, plus largement, aux universalités parfaites, sans distinction de la qualité physique ou morale de son titulaire. (A ce sujet, v. C. GAVALDA, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », in *Mélanges J. HAMEL*, Dalloz 1961, p. 253 et s.). Quant à la représentation nécessaire des intérêts pendant le temps de la liquidation, l'héritier n'a pas besoin d'être propriétaire si la loi lui accorde, en qualité de liquidateur, les pouvoirs nécessaires à la réalisation des biens contenus dans l'universalité (*cf. infra* : n°557).

¹⁶⁴⁵ C'est ce qui permet de distinguer l'acceptation pure et simple de l'acceptation à concurrence de l'actif net. En effet, en cas d'acceptation pure et simple de la succession et en présence d'un seul héritier, le patrimoine du défunt fait l'objet d'une transmission universelle et se passe donc du règlement du passif préalable à la transmission de l'actif. De la même manière, lorsque tous les héritiers acceptent purement et simplement la succession, une indivision se crée et le patrimoine est transmis universellement vers la nouvelle universalité qui lie les héritiers entre eux : l'indivision successorale.

¹⁶⁴⁶ *Cf. supra* (n°158 et s.).

son bénéficiaire) d'un côté et ceux des créanciers de l'autre. En ce sens, la liquidation des sociétés se rapproche de celle du patrimoine d'une personne physique lorsqu'au moins un de ses héritiers accepte la succession à concurrence de l'actif net. Par ailleurs, un rapprochement est encore possible entre la liquidation ici envisagée et celle encadrée par le droit des entreprises en difficulté¹⁶⁴⁷. Le débiteur n'est alors plus maître de ses biens et l'ensemble de ceux-ci sont gérés de façon à désintéresser les créanciers. Dans chacun de ces cas, l'actif doit permettre d'effacer le passif et seul le reliquat est transmis. La question est alors celle de savoir s'il faut généraliser cette solution à toutes les universalités de droit. Autrement dit, il s'agit de savoir si, à l'issue de son terme ou à la disparition de son élément fédérateur, l'universalité juridique doit être transmise avec ou sans liquidation. Le choix du droit des sociétés repose sur l'idée que lorsqu'un seul associé personne morale reprend l'intégralité du patrimoine social, c'est la transmission universelle sans liquidation qui doit s'appliquer. À l'inverse, dès qu'il s'agit d'une personne physique ou dès qu'apparaît une pluralité d'associés ayant vocation à recueillir l'actif du patrimoine social, une liquidation s'impose. Du côté du droit des successions, c'est l'option successorale qui détermine s'il faut liquider ou non¹⁶⁴⁸. En cas d'acceptation pure et simple, c'est la transmission universelle qui s'applique une fois encore ; en cas d'acceptation bénéficiaire, c'est la liquidation qui s'impose. Ainsi, pour l'ensemble des universalités de droit, notamment les universalités parfaites, il convient de proposer une option de liquidation à celui qui souhaite mettre fin à l'affectation de ses biens à l'intérêt fédérateur, sans que cet intérêt ne soit repris. Le retour de ces biens dans le patrimoine légal ou leur cession à un tiers bénéficiaire, ne peut alors se faire sans liquidation.

554. Les lacunes du droit positif concernant les universalités parfaites. – En observant le régime juridique des universalités actuelles, il est possible de constater que lorsqu'une universalité de droit perd sa raison d'être, le législateur ne prévoit pas de liquidation. L'article L.526-15 du Code de commerce prévoit qu'en cas de renonciation ou de décès de l'entrepreneur individuel, la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. Mais l'article poursuit immédiatement en prévoyant que la situation des créanciers doit rester inchangée : leur gage est toujours cloisonné de sorte que l'universalité semble, en fait,

¹⁶⁴⁷ D'aucuns écrivent d'ailleurs : « à la différence du bénéfice d'inventaire, la nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net jouit d'un fonctionnement qui l'apparente, à divers égards, à une véritable procédure collective. » : R. LE GUIDE & G. CHABOT, *op. cit.*, n°135.

¹⁶⁴⁸ L'acceptation pure et simple entraîne nécessairement transmission universelle du patrimoine mais le nombre d'héritiers va déterminer la nature de l'universalité d'accueil, parfaite ou imparfaite : v. schéma annexe 4 (p. 495).

maintenue¹⁶⁴⁹. Les lacunes du dispositif apparaissent ainsi, comme le soulignent certains auteurs¹⁶⁵⁰, lorsqu'il s'agit de savoir comment se règlent les créances tant du patrimoine légal que de l'universalité parfaite. La même question se pose au sujet du contrat de fiducie pour lequel le législateur ne prévoit aucune solution¹⁶⁵¹. Or dans une optique de séparation totale des universalités, notamment vis-à-vis du patrimoine légal de leur titulaire, il semble plus cohérent de permettre la transmission de l'actif lavé de toute charge et donc débarrassé du passif attaché. Il conviendrait donc de mettre en place une procédure de liquidation volontaire¹⁶⁵² dédiée aux universalités parfaites¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁹ En ce sens, A.M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD Civ.* 2010, p. 632 et s. L'auteur écrit d'ailleurs en imaginant la succession de l'EIRL que « pour les créanciers successoraux, l'affectation produit des effets encore plus drastiques que l'acceptation à concurrence de l'actif net, car dans cette procédure, l'intégralité du patrimoine successoral est le gage général des créanciers successoraux, tandis qu'avec l'affectation, il convient de liquider le patrimoine affecté, de liquider le patrimoine non affecté et de ne transmettre à chaque fois que l'actif net. »

¹⁶⁵⁰ E. DUBUISSON, « Angoisse du praticien face à un entrepreneur individuel qui veut s'engager comme EIRL », *JCP N* 2010, 1263 ; E. DUBUISSON & M. GERMAIN, « L'affectation d'un patrimoine : transmission », in *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, dir. Fr. Terré, LexisNexis-Litec, 2011, n°127, p. 68 ; B. MALLET-BRICOUT, « L'affectation du patrimoine : fonctionnement et cessation », in *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, LexisNexis 2011, (dir. FR. TERRÉ), n°107, p. 59 qui écrit : « dans le silence du texte, on peut penser que les créanciers conserveront leur droit de gage jusqu'au paiement de ce qui leur est dû, sans qu'une liquidation puisse être prononcée. Un doute subsiste toutefois sur ce point dans la mesure où l'article L.526-15 n'exclut pas expressément la possibilité d'une liquidation, alors que le législateur l'exclut clairement dans une autre hypothèse à l'article L.526-17. »

¹⁶⁵¹ Ainsi l'article 2030 du Code civil dispose-t-il que « lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. ». L'imprécision du législateur peut être interprétée ici de deux manières : d'un côté, la seule référence aux « droits, biens ou sûretés » peut impliquer une liquidation préalable puisque ces droits, biens ou sûretés doivent alors être transmis sans les dettes qui les accompagnent. De l'autre côté, l'absence de mention de toute liquidation pourrait signifier que le législateur entendait mettre en place ici une transmission universelle. En ce sens, d'un point de vue fiscal, E. CRUVELIER, *Répert. Dalloz Com., V° Impôts directs – Régimes d'imposition*, n°419 : « le contrat de fiducie doit prendre fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire (le patrimoine fiduciaire doit donc être transmis intact au constituant, condition qui ne fait *a priori* pas obstacle à l'apurement du passif fiduciaire, avec transmission d'un actif net ».

V. en faveur d'une liquidation : J.PH. DOM, « La fiducie-gestion et le contrat de société », *Rev. Sociétés* 2007, p. 481 : « Pour ce qui est des biens transférés, la réglementation comptable laisse entendre que la fiducie pourrait recevoir des éléments de passif. Cependant, contrairement à la société qui peut recevoir un apport partiel d'actifs ou fusionner, le transfert fiduciaire n'emporte pas de transmission universelle du patrimoine. ». v. aussi R. DAMMANN & G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, p. 2300 et s.

¹⁶⁵² La création d'une liquidation amiable doit être envisagée dans la mesure où c'est celle qui fait aujourd'hui défaut. La liquidation judiciaire et, plus généralement, les procédures d'insolvabilité applicables tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, doivent continuer à pouvoir s'appliquer selon les cas.

¹⁶⁵³ Il est important de garder à l'esprit ici que la procédure envisagée est une liquidation amiable. En effet, l'idée d'une insuffisance d'actif concernant l'universalité de droit doit, en toute logique, mener à l'application d'une autre procédure collective, celle de la faillite de droit commercial ou du surendettement de droit civil, selon le domaine envisagé.

B. Mise en place d'une procédure de liquidation volontaire

555. Notion de liquidation volontaire. - Liquider, rendre liquide consiste juridiquement à transformer en liquidités un ensemble d'actifs (biens, créances). Techniquement, il s'agit d'une procédure d'exécution patrimoniale universelle consistant en la vente des biens du débiteur pour payer ses créanciers¹⁶⁵⁴. Mais le terme liquidation connaît également une acception plus inquiétante, évoquant l'extinction, la fin d'activité, la disparition, ou encore l'élimination du débiteur¹⁶⁵⁵. Pour l'universalité de droit, la liquidation symbolise une fin, celle de l'aménagement du droit de poursuite des créanciers, celle de l'aménagement de la responsabilité du débiteur. Il s'agit donc de revenir à un *statu quo*, à l'application du droit commun. C'est pourquoi régler le passif avant de transmettre l'actif s'avère nécessaire mais ces opérations sont, une fois de plus, gouvernées par l'objectif d'équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers.

556. Conditions d'ouverture de la liquidation volontaire. – Une universalité de droit parfaite peut faire l'objet d'une procédure de liquidation volontaire dès lors que son élément fédérateur disparaît et n'est remplacé par aucun autre intérêt spécifique. Autrement dit, le seul intérêt qui demeure est l'intérêt général et indifférencié de l'ayant-cause. Et si, par conséquent, il avait été possible d'en déduire une nécessaire transmission universelle des éléments actifs et passifs au profit du patrimoine légal de l'ayant-cause universel, force est néanmoins de voir que cette solution ne convient pas à la logique de l'universalité parfaite. Celle-ci se caractérise par une séparation totale et une autonomie complète à l'égard du patrimoine légal de son titulaire¹⁶⁵⁶. Il convient donc de maintenir cette séparation avant de transmettre le contenu de la masse universelle¹⁶⁵⁷.

557. La désignation d'un liquidateur. – Là encore, il est possible de s'inspirer de l'acceptation à concurrence de l'actif net comme du droit des sociétés pour dessiner un régime de droit commun de liquidation amiable des universalités parfaites¹⁶⁵⁸. La première

¹⁶⁵⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., 2014, LGDJ, n°1147 et s.

¹⁶⁵⁵ E. MOUIAL BASSILANA, *Répert. Com. Dalloz. V°Entreprise en difficulté : liquidation*, n°1.

¹⁶⁵⁶ Cf. *supra* (n°296).

¹⁶⁵⁷ En ce sens, M.C. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII 2010, n°602 et s., p. 456 et s.

¹⁶⁵⁸ Le parallèle n'est pas nouveau comme le souligne le Professeur LUCAS : « La liquidation dite « amiable » des sociétés correspond à la phase ultime de la vie du groupement, celle qui va le voir disparaître et ses biens dispersés entre différents ayants- droit. Ce sujet, qui n'intéresse que les personnes morales, n'est pas sans évoquer la dévolution successorale d'une personne physique dont la mort ouvre la succession, ses intérêts patrimoniaux étant liquidés, son passif apuré et l'actif subsistant partagé entre ses héritiers. La liquidation n'a pas d'autre objet s'agissant des personnes morales. Elle peut être présentée comme la phase (terminale) qui s'ouvre avec la dissolution de la société et qui va s'achever par une décision de clôture au vu de laquelle il va

question est celle de la qualité de liquidateur : les deux régimes actuels de liquidation amiable permettent la désignation d'un liquidateur privé, intéressé à l'opération¹⁶⁵⁹. Autrement dit, l'ayant-cause ou, la personne qui a vocation à récolter le reliquat des opérations, est chargé de mettre en œuvre ces opérations. Dans les deux cas encore, l'option est offerte (aux associés ou à l'héritier) de demander la désignation d'un liquidateur¹⁶⁶⁰. Il serait ainsi pertinent de permettre au futur propriétaire des biens de l'universalité d'organiser lui-même la liquidation de la masse afin de faire apparaître un actif net qu'il recevrait par la suite. Ainsi, l'entrepreneur individuel, le constituant de la fiducie, le majeur anciennement protégé, le capitaine du navire ou la société de gestion d'un fonds commun de titrisation ou de placement seraient autant de personnes aptes à réaliser les opérations de liquidation de leur universalité de droit pour bénéficier du transfert du seul *boni* de liquidation.

558. Le rôle du liquidateur : la représentation des créanciers ? – Le danger qui apparaît alors est celui d'une partialité du liquidateur : souvent titulaire de l'universalité, maintenue pour les besoins de la liquidation, celui-ci a tout intérêt à faire apparaître un actif net plus important qu'il n'est réellement c'est-à-dire à faire en sorte de réduire le montant du passif. En ce sens, il est nécessaire de mettre en place un mécanisme afin de sauvegarder les droits des créanciers. À ce titre, la transparence est une fois encore la meilleure solution¹⁶⁶¹. Le registre où est publiée la création de l'universalité doit alors mentionner sa liquidation et une première formalité semble s'imposer. De la même manière, le nom du liquidateur doit apparaître avec la décision de liquider. L'ayant-cause universel serait donc amené à liquider lui-même et ce n'est qu'à défaut qu'il serait fait appel à un liquidateur *ad hoc*, ce qui aurait le mérite d'être plus rapide et moins coûteux. Mais il serait erroné de penser que le liquidateur est ici représentant d'une collectivité de créanciers. Comme le liquidateur

être possible de procéder à sa radiation du registre du commerce et des sociétés. » : F.X. LUCAS, « La liquidation dite amiable des sociétés », *BJS* 2009, 58, p. 285 et s.

¹⁶⁵⁹ L'article 800 du Code civil impose à l'héritier acceptant à concurrence de l'actif « d'administrer les biens qu'il recueille dans la succession. Il tient le compte de son administration, des créances qu'il paye et des actes qui engagent les biens recueillis ou qui affectent leur valeur. ». Il revient par ailleurs à cet héritier d'établir un inventaire et de le faire publier (art. 789 et 790, C. Civ.).

Et en droit des sociétés, le recours à un liquidateur externe n'est pas imposé et il arrive souvent que d'anciens dirigeants soient nommés liquidateurs. En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2019, n°734, p. 312.

¹⁶⁶⁰ Art. 1844-8, al. 2, C. Civ. et art. L.237-1, C. Com pour les sociétés ; art. 796 et 797, C. Civ. pour les successions.

¹⁶⁶¹ L'article 1844-8 du Code civil subordonne l'opposabilité aux tiers de la dissolution d'une société et de sa liquidation à la publicité. De la même manière, l'acceptation à concurrence de l'actif net et l'inventaire qui l'accompagne doivent fait l'objet d'un enregistrement au tribunal de grande instance (art. 788).

amiable d'une société dissoute¹⁶⁶², le liquidateur de l'universalité n'a pour mission que d'apurer le passif de la masse pour en faire ressortir un *boni* de liquidation. Pour ce faire, il doit avoir plein pouvoir pour réaliser l'actif, ce qui est cohérent avec l'idée que l'ayant-cause universel doit être le liquidateur.

559. Déclaration des créances et prix de la course. – L'information des tiers n'a de sens que si elle permet à ceux-ci d'agir pour préserver leurs droits¹⁶⁶³. La liquidation doit alors passer par une possibilité pour le créancier impayé d'obtenir son dû. C'est pourquoi il convient de mettre en place un système de déclaration des créances¹⁶⁶⁴. Ce système implique que l'arrêt de la poursuite de l'intérêt fédérateur de l'universalité doit venir avec la déchéance de toutes les obligations. Comme pour l'EURL, il est alors prudent d'offrir aux créanciers concernés un droit d'opposition à la dissolution de l'universalité enfermé dans un délai d'un an¹⁶⁶⁵. Celles-ci sont ensuite répertoriées grâce au système de déclaration des créances qui implique une certaine diligence de la part des créanciers. Enfin, en dehors de toutes procédure de faillite, il convient d'appliquer le droit commun en termes de paiement ; ainsi, le liquidateur ne devrait pas avoir à respecter un ordre spécifique pour le paiement des dettes¹⁶⁶⁶, hormis les causes légitimes de préférence¹⁶⁶⁷. En d'autres termes, il s'agit d'appliquer le prix de la course¹⁶⁶⁸.

560. Le sort des situations en cours. – L'arrêt de l'activité qui dynamise l'universalité signifie pour son titulaire de ne plus faire augmenter son passif en contractant de nouvelles obligations, ni de faire fluctuer son actif en aliénant ou en acquérant un bien. Si toutes les opérations envisagées au titre de l'universalité sont tournées vers la poursuite de l'intérêt fédérateur, la fin de la poursuite de cet intérêt commande l'arrêt de toutes les opérations. Mais *quid* alors des contrats ou des procès en cours ? En retenant que

¹⁶⁶² En ce sens, v. B. LECOURT, « Réflexions sur le régime de la liquidation des sociétés *in bonis* », *JCP E* 2018/23, p. 20 et s. ; A. BEUVE, « Le liquidateur amiable à l'épreuve du paiement du passif social », *Defrénois* 2008, art. 38779, p. 1191 et s.

¹⁶⁶³ Cf. *supra* (n°398).

¹⁶⁶⁴ C'est d'ailleurs déjà le cas en droit des successions pour l'acceptation à concurrence de l'actif net : art. 792, C. Civ.

¹⁶⁶⁵ En application de l'article 1844-5, C. Civ.

¹⁶⁶⁶ Cette solution serait une simple application de l'article 1342-10 du Code civil selon lequel « le débiteur de plusieurs dettes peut indiquer, lorsqu'il paie, celle qu'il entend acquitter. A défaut d'indication par le débiteur, l'imputation a lieu comme suit : d'abord sur les dettes échues ; parmi celles-ci, sur les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. A égalité d'intérêt, l'imputation se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. ».

¹⁶⁶⁷ Art. 2285, C. Civ.

¹⁶⁶⁸ M COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *ibid.* ; A. BEUVE, *ibid.* ; v. également Com, 20 juill. 1976, Bull. Civ. IV, n°240, *Rev. Sociétés* 1977, p. 75, note CH. ATIAS.

l'universalité est maintenue pour les besoins de la liquidation, il est légitime de se demander qui représente l'intérêt à liquider ? Or c'est une mission du liquidateur que de réaliser l'actif pour apurer le passif contenu dans la masse. Lui accorder les pouvoirs nécessaires pour la défense – et non la poursuite – de l'intérêt fédérateur, maintenu pour les besoins de la liquidation, semble donc nécessaire. La Cour de cassation l'avait d'ailleurs compris pour les sociétés lorsqu'elle avait considéré qu'une « société civile pouvait valablement passer un accord si ce dernier est la suite d'une affaire courante conclue antérieurement¹⁶⁶⁹ ». Elle a encore considéré que « le liquidateur amiable peut, sans autorisation, agir en recouvrement d'une créance de dommages-intérêts au nom de la société » car il lui revient de réaliser l'actif de la société à liquider¹⁶⁷⁰.

561. Les devoirs du liquidateur. – Le danger du liquidateur intéressé demeure malgré la possibilité offerte aux créanciers de déclarer leur créance. Il convient alors de lui imposer des devoirs pour préserver son impartialité dans sa mission d'apurement du passif. S'il n'est pas amené à représenter les créanciers comme le liquidateur d'une procédure collective, le liquidateur amiable doit néanmoins respecter les engagements du débiteur. Il est donc naturel que le législateur prévoie une obligation pour le liquidateur de solliciter l'ouverture d'une procédure collective si à l'issue de l'inventaire, le passif est plus important que l'actif¹⁶⁷¹. L'insuffisance d'actif constatée permettrait alors l'ouverture d'une procédure de faillite appropriée, qu'elle relève du droit commercial ou du droit civil, tout en maintenant la séparation étanche des universalités parfaites¹⁶⁷². De la même manière, il convient d'imposer au liquidateur de déclarer l'aliénation ou le transfert – de l'universalité en liquidation, au patrimoine du liquidateur ou à une de ses autres universalités – au même registre que la déclaration de liquidation. Cette information permettrait alors aux créanciers

¹⁶⁶⁹ Civ. 1^e, 16 févr. 1966, n°64-11014, Bull. Civ. I, n°124.

¹⁶⁷⁰ Com, 8 juin 2010, n°09-15550, Bull. Civ. IV, n°105, *Dr. Sociétés* 2010, p. 168, comm. J.P. LEGROS ; *Rev. Proc.* 2010, p. 319, comm. B. ROLLAND ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 408, note PH. ROUSSEL-GALE ; *BJS* 2010, p. 903, note F.X. LUCAS.

¹⁶⁷¹ Com, 26 juin 2007, n°05-20569, Bull. Civ. IV, n°180, *BJS* 2007, p. 1233, note P. LE CANNU ; Com, 11 oct. 2005, n°03-19161, Bull. Civ. IV, n°209, *BJS* 2006, p. 491, note C. REGNAULT-MOUIER ; *Dr. Sociétés* 2009, p. 20, comm. D. GALLOIS-COCHET ; *Rev. Sociétés* 2006-3, p. 618, note L. AMIEL-COSME.

¹⁶⁷² Le maintien de la séparation en cas de procédure collective concernant une universalité parfaite est nécessaire car sans lui, la notion même perd son sens. L'aménagement recherché du droit de poursuite des créanciers et, partant, de la limitation de la responsabilité du débiteur, n'a de sens qu'en cas de difficultés. En ce sens, v. notamm. V. LEGRAND, « L'EIRL en surendettement : la nécessaire redéfinition des dettes non-professionnelles », *LPA* 2011/62, p. 3 ; même auteur, « L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ? », *D.* 2010, p. 2385 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « EIRL et procédures collectives », *RD Banc. & Fin.* 2011, comm. 63 ; même auteur, « L'EIRL et le droit des procédures collectives », *LPA* 2011/25, p. 7 ; PH. PÉTEL, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 2011, 1071 ; M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « EIRL : la mise en concurrence conflictuelle des procédures civiles et commerciales d'exécution », *RLDA* 2011/62.

d'agir, sur le fondement de l'action paulienne, en opposition à l'acte d'appauvrissement. Ces obligations qui pèsent sur le liquidateur et qui constituent des mesures préventives contre la fraude du liquidateur intéressé s'accompagne également de sanctions permettant la garantie des droits des tiers : il s'agit alors de mesures curatives qui passent par l'engagement de la responsabilité du liquidateur.

562. Responsabilité du liquidateur et garanties des créanciers. – Le droit des sociétés a mis en place le principe selon lequel « le liquidateur est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions¹⁶⁷³ ». Appliquée à l'universalité juridique, la responsabilité à l'égard de la société (ou des associés) ne peut être transposées : d'une part, l'universalité de droit se distingue de la société en ce qu'elle n'a pas la personnalité juridique, elle ne peut donc subir de préjudice ; d'autre part, l'ayant-cause universel, futur titulaire de l'universalité et propriétaire des biens qui y sont contenus, sera souvent le liquidateur même ; il n'y aurait donc pas de sens à admettre une action en responsabilité ici sauf à admettre un dédoublement de la personnalité. L'adaptation de cette règle à l'universalité juridique suggère l'existence de moyens d'action pour le créancier ayant subi un préjudice du fait du liquidateur. Se pose cependant la question de la nécessité d'un texte spécial pour encadrer cette responsabilité quand l'article 1240 du Code civil semble en réalité suffire¹⁶⁷⁴. Reste alors à prouver la faute du liquidateur. Celle-ci se déduirait, au-delà des fautes évidentes par commission ou omission, de la seule existence d'un préjudice découlant de la liquidation mais dépassant le simple non-paiement de la dette¹⁶⁷⁵. Ainsi le liquidateur commet une faute dans sa mission lorsqu'il oublie une créance non déclarée mais dont il avait forcément connaissance. De la même manière, la clôture prématurée de la liquidation peut causer un préjudice à certains créanciers qui peuvent alors espérer réparation en agissant contre le liquidateur¹⁶⁷⁶. Ce

¹⁶⁷³ Art. L.237-12, C. Com.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, B. LECOURT, *art. préc.*

¹⁶⁷⁵ V. à ce sujet, P. RUBELLIN, « La responsabilité civile du liquidateur amiable », *BJS* 2009/3, p. 297 et s. Il faut néanmoins noter que le régime applicable au liquidateur amiable en droit des sociétés ne s'applique pas entièrement à la liquidation volontaire des universalités parfaites. La responsabilité du liquidateur à l'égard de la société ou des associés est à excludre, faute d'associés ; de la même manière, la faute du liquidateur n'emporte pas condamnation solidaire de la société puisque l'universalité n'a pas la personnalité morale.

¹⁶⁷⁶ Com, 7 déc. 1993, n°91-18145, Bull. Civ. IV, n°465, *Dr. Sociétés* 1994, comm. TH. BONNEAU, p. 22 et s., *BJS* 1994, note P. LE CANNU, p. 166 ; *BJS* 1994, p. 280, comm. CH. HANNOUN ; Com, 26 juin 2007, n°05-20569, *JCP E* 2007, 2131, *Dr. Sociétés* 2008, comm. 53, J.P. LEGROS, *D.* 2007, note A. LIENHARD, p. 1973 ; *BJS* 2007, note P. LE CANNU, p. 1232 ; Com, 29 janv. 2008, n°06-21161, *BJS* 2008, p. 234.

dernier n'est alors pas (encore) titulaire de l'universalité et verra alors l'ensemble de ses biens engagés par son fait¹⁶⁷⁷.

563. Issue de la liquidation. – S'il est ici possible de s'inspirer du droit des sociétés pour dessiner les grandes lignes de la liquidation volontaire d'une universalité de droit, les opérations se distinguent sur un point important : l'issue de la liquidation. En effet, l'article 1844-9, alinéa 2 du Code civil prévoit qu'après clôture des opérations de liquidation, le partage du *boni* de liquidation est soumis aux règles du droit des successions. En d'autres termes, le patrimoine social liquidé laisse place à une indivision entre anciens associés. Cette solution explique la possibilité pour les créanciers sociaux qui n'ont pu être désintéressés d'agir directement¹⁶⁷⁸ contre les indivisaires qui se sont partagés l'actif net social¹⁶⁷⁹. Ce raisonnement ne peut s'appliquer à l'universalité de droit qui n'est transmise, après clôture de la liquidation, qu'à un seul titulaire. Une fois de plus, il serait incohérent d'offrir au créancier un droit de poursuite sur des biens qui étaient pourtant exclus de l'assiette de son droit de gage antérieurement à la cessation de l'activité¹⁶⁸⁰. C'est pourquoi il convient d'imposer la déchéance de toutes les obligations en cours. La créance non réglée par la faute du liquidateur seront garanties par l'engagement de sa responsabilité. Quant à celles qui n'ont pas été réglées, faute de déclaration, elles s'éteindront par la clôture de la liquidation. Reste alors à s'interroger sur le sort du passif occulte.

564. La liquidation volontaire des universalités parfaites. – Parmi les issues possibles de l'universalité et parmi les méthodes de transmettre l'universalité de droit, la liquidation est finalement celle qui s'impose toutes les fois que l'intérêt fédérateur s'efface. La disparition de cet intérêt explique la suspension de l'activité, le dynamisme de la masse, la déchéance de tous les termes. Régler le passif, réaliser l'actif et transmettre le reliquat sont des objectifs connus de toutes les opérations de liquidation. La spécificité de l'objet à liquider

¹⁶⁷⁷ Contrairement au titulaire de l'universalité parfaite qui limite sa responsabilité aux biens contenus dans la masse lorsqu'il agit dans le cadre de la poursuite de l'intérêt fédérateur : *cf. supra* (n°361).

¹⁶⁷⁸ Cette possibilité est admise par la jurisprudence aux côtés de l'idée que la survie de la personnalité morale continue tant qu'il existe des créanciers sociaux : Com., 13 févr. 1996, *BJS* 1996, p. 496, note. J.J DAIGRE.

¹⁶⁷⁹ Civ. 3^e, 31 mars 2004, n°01-16971, Bull. Civ. III, n°67 ; *BJS* 2004, p. 998, note J.P. GARÇON. Il faut néanmoins que, dans le cas d'une société à responsabilité illimitée, le créancier ait fait de vaines et préalables poursuites contre la société – c'est-à-dire avant sa dissolution, ce qui sous-entend, sauf cas exceptionnel, une faute du liquidateur.

¹⁶⁸⁰ La question s'était déjà posée pour la dissolution de l'EURL et avait été réglée par deux arrêts : Com, 11 juin 2003, n°02-10705 ; Com, 8 juill. 2003, n°00-15584, *Dr. Sociétés* 2003, note J. MONNET & H. HOVASSE, 194. V. au sujet de ces deux arrêts CL. CHAMPAUD, « EURL. Transmission universelle du patrimoine à l'associé unique. Responsabilité aux dettes sociales (non). Opposition des créanciers, délai de trente jours », *RTD Com.* 2004, p. 111 et s.

commande la construction d'un régime propre de liquidation aux universalités parfaites aux côtés de celles que connaît le Droit positif concernant les sociétés ou les masses indivises. Pourtant, la philosophie de cette opération demeure la même, peu importe son domaine : il s'agit d'effacer le passif pour transférer l'actif net.

565. Conclusion de la section. – La transmission de l'universalité n'est pas une cession. Elle s'entend de la transmission de son contenu et est commandée par la reprise ou la disparition de l'intérêt qui fédère les éléments à transférer. La reprise de cet intérêt emporte transmission universelle – qui n'est plus l'apanage du patrimoine – c'est-à-dire le transfert des éléments fédérés, actifs et passifs confondus ; à l'inverse, la disparition de l'intérêt impose de désintéresser les créanciers, d'apurer le passif avant de transférer l'actif. Cette différence entre les modes de transmission traduit des philosophies fondamentalement différentes¹⁶⁸¹. La liquidation se confronte à l'effacement d'un intérêt juridiquement reconnu, elle exprime une fin, un terme, un événement définitif. À l'inverse, la transmission universelle implique une continuité ; elle comprend une part de changement mais également une part de constance. Ses difficultés gravitent autour de cet équilibre qu'il faut également approfondir.

¹⁶⁸¹ V. schéma annexe 4 (p. 495).

SECTION 2 – LE REGIME DE LA TRANSMISSION UNIVERSELLE

566. Les spécificités de la transmission universelle. – La transmission universelle semble bénéficier de deux avantages par rapport à une cession classique ou par rapport à la cession d'une universalité de fait : elle bénéficie d'une simplification des formalités qui s'explique par le caractère global de la transmission de l'actif et elle emporte nécessairement une transmission des dettes corrélatives. La simplification des formalités ne dispense pas en revanche d'identifier les éléments qui devront être transférés. En d'autres termes, si la transmission universelle se fait sans liquidation, elle implique en revanche un inventaire. Reste alors à en déterminer les conditions (I) et les effets (II).

I. Conditions de la transmission universelle

567. Conditions spécifiques et générales. – L'affectation est la condition première de la transmission universelle, sa raison d'être, son critère essentiel qui en permet la qualification¹⁶⁸². Le lien entre les biens et les dettes transmis justifie l'existence d'obligations pesant sur l'ayant-cause universel : il est tenu de maintenir et de respecter l'affectation des biens transférés et de régler les dettes liées à l'intérêt, objet de l'affectation (A). Passée cette spécificité, la transmission universelle demeure une opération soumise aux conditions de droit commun selon l'instrument qui véhicule la volonté des parties (B)

A. Conditions essentielles : maintien de l'affectation et paiement des dettes

568. Rappel du principe de transmission des dettes. – La transmission universelle se caractérise par la transmission de l'intégralité (ou presque) du contenu de l'universalité, ce qui permet donc une transmission de l'actif mais également et surtout du passif. Reprenant l'intérêt de l'auteur, l'ayant-cause universel se retrouve tenu des obligations qui pesaient jusqu'alors sur l'ancien titulaire de l'universalité¹⁶⁸³. L'opération a donc vocation à permettre

¹⁶⁸² « La qualification joue un rôle analogue à celui que les philosophes confèrent au langage (...). La finale du syllogisme constitue le terme de l'opération de qualification. Celle-ci apparaît comme la confrontation d'une définition et d'un cas concret. Mais qualifier, ce n'est plus alors seulement classer, c'est aussi définir. C'est définir le cas concret que le faire pénétrer dans une catégorie préexistante » : FR. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, n°2-3, p. 2.

¹⁶⁸³ V. par exemple J. GHESTIN, G. LOISEAU, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°443 et s., p. 503 et s. ; R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°87, p. 80-81 ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°137 et s., p. 145 et s. ; A.S. BARTHEZ, *op. cit.*, n°4 et s., p. 5 et s. ; M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, Litec 1991, n°5, p. 288.

un changement de débiteur, sans l'accord du créancier et sans opérer novation¹⁶⁸⁴ du lien obligationnel¹⁶⁸⁵. Beaucoup d'auteurs s'appuient sur l'idée que la transmission du passif est fondée sur le caractère universel de l'opération. Justification insuffisante, cette analyse ne permet pas d'identifier les fondements de cette transmission passive. Pourquoi et comment les dettes sont-elles nécessairement transmises avec les biens ?

569. Recherche d'un fondement pour la transmission des dettes. – En recevant une universalité, la personne qui reprend l'intérêt fédérateur est amenée à reprendre la charge du passif attaché à cet intérêt. Il est ainsi appelé « ayant-cause universel ». À la recherche d'une définition de l'ayant-cause, le Professeur DESHAYES indique que « derrière le charme un peu désuet d'une expression au sens poli par des siècles d'utilisation se cache un torrent de controverses.¹⁶⁸⁶ ». L'ayant-cause est celui qui reçoit un bien ou plusieurs biens de son auteur. Dans cette définition, qui englobe le titre particulier et le titre universel, il n'est fait mention d'aucune dette transmise. Or la caractéristique principale de la technique de la transmission universelle réside précisément dans la transmission du passif attaché aux biens. Comment alors expliquer le transfert des dettes lorsqu'il est question de transmission universelle ? Il est traditionnellement admis que lorsqu'un bien est transmis, il l'est dans son intégralité et les droits et accessoires qui s'y rattachent sont transférés avec lui : les Romains diraient qu'une personne est ayant-cause car elle reprend la *causa* latine du bien transmis¹⁶⁸⁷. Mais considérer qu'une personne devient débitrice en raison de son nouveau titre de propriétaire revient à placer la source de toute obligation dans le bien qui la garantit.

570. La piste de l'obligation réelle. – L'obligation réelle, autrement appelée obligation *propter rem* est celle qui lie le débiteur, non en raison de son consentement au

¹⁶⁸⁴ La novation se définit comme « la convention par laquelle les parties décident d'éteindre une obligation ancienne pour la remplacer par une obligation nouvelle (art. 1329, al. 1^{er}, C. Civ.) ».

¹⁶⁸⁵ C'est cette idée qui avait entraîné la doctrine à parler de continuation de la personne en matière successorale : en ce sens, PH. DURENERIN, *La notion de passif successoral*, LGDJ 1992, n°313 et s., p. 141 et s. ; J. GHESTIN, M. BILLIAU & GR. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, n°483, p. 541.

¹⁶⁸⁶ O. DESHAYES, « Recherches sur les origines de la notion d'ayant-cause », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ-Lextenso 2009, p. 85 et s. ; v. également du même auteur : *La transmission de plein droit des obligations à l'ayan- cause à titre particulier*, éd. LGDJ, coll. André Tunc 2005.

¹⁶⁸⁷ « *Alienato cum fit, cum sua causa dominum ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos e ares mansisset : idque toto jure civili ita se habet, paterquam si aliquid nominatim sit constitutum* », QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA : « lorsqu'une chose est aliénée, elle passe au nouvel acquéreur avec sa cause, c'est-à-dire en l'état où elle aurait été chez celui qui l'aliène si elle était restée entre ses mains. Ce principe est général pour les matières du droit civil, à moins qu'il n'y ait quelque exception expresse » : H. HULOT & J.F. BERTHELOT, *Traduction française du Digeste*, Metz 1804, t. 2, p. 558. Dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. II, éd. L. LAROSE & FORCEL 1892, n°1219.

rapport d'obligation mais en raison de sa qualité de propriétaire d'une chose¹⁶⁸⁸. De manière plus concrète, le débiteur d'une obligation réelle est tenu parce qu'en faisant l'acquisition d'une chose, une obligation s'y attachant a été transférée avec¹⁶⁸⁹. Plus exactement, l'obligation réelle se transmet avec le droit réel auquel elle est attachée. Appliquée aux universalités, la piste de l'obligation réelle est séduisante¹⁶⁹⁰. Cette notion permettrait en effet de justifier la transmission du passif contenu dans l'universalité en dehors de l'idée de cession de dettes à titre particulier. L'universalité juridique met en relation la dette contractée et l'intérêt juridique. L'une prend naissance en raison de la poursuite de l'autre. Il semble alors logique de penser que la reprise de l'intérêt par l'ayant-cause puisse justifier la reprise des dettes y afférentes.

571. Rejet de l'obligation réelle : toutes les obligations ont une face réelle. – Voir dans la transmission universelle une technique mettant en œuvre l'obligation réelle consiste à considérer que toutes les dettes qui intègrent une universalité sont rattachées au bien extrapatrimonial qu'est l'universalité même. C'est donc l'intégration des dettes à la masse universelle qui permet d'expliquer le changement de débiteur corrélatif au changement de titulaire de l'universalité. Mais n'est-ce pas ici étendre considérablement le champ de l'obligation *propter rem* ? Faut-il alors admettre que toute obligation est non seulement personnelle¹⁶⁹¹ mais cache aussi un aspect réel ? Certains auteurs semblent le penser mais il faut se garder d'une telle analyse car l'obligation réelle se transmet par l'effet de l'accessoire et parce qu'elle permet l'exercice d'un droit réel. Rien de cela n'est en cause dans la

¹⁶⁸⁸ Sur la notion, v. O. DESHAYES, *op. cit.*, spéc. n°91 et s., p. 102 et s. et n°268 et s. p. 244 et s. ; L. MICHON, *Des obligations propter rem en droit civil*, th. Nancy 1891 ; M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, th. Bordeaux 1937 ; H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français – Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*, LGDJ 1957 ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM 2002 ; FR. DANOS, « La transmission des droits et dettes *propter rem* », in *Journée d'études Franco Belges – Paris 1, Louvain, La transmission des obligations*, Séminaire 2015/2017.

¹⁶⁸⁹ Le lien entre l'obligation *propter rem* et la théorie de l'accessoire n'est aujourd'hui plus objet de débat : en ce sens, v. J. SCAPEL, *op. cit.*, n°87 et s., p. 98 et s. ; J. DERRUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, LGDJ 1952, n°296, p. 240 ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en privé*, LGDJ 1069, spéc. n°298 ??? ;

¹⁶⁹⁰ Certains le suggèrent d'ailleurs : « lorsque l'obligation est réelle, le débiteur n'est tenu qu'à cause d'une chose : il n'est débiteur qu'à raison de la propriété qu'il a de la chose dont une ou plusieurs utilités forment l'objet de la prestation. Le débiteur d'une obligation personnelle, quant à lui, est tenu à raison de son patrimoine, dont il dispose nécessairement pour être engagé. (...) De la même manière que l'obligation réelle se transmet avec la chose, les obligations personnelles se transmettent et s'acquièrent avec le patrimoine. » : FR. ZÉNATI & TH. REVET, *Les personnes*, PUF 2006, n°229, p. 189-190. Les auteurs ne vont pas jusqu'à admettre une identité parfaite entre les deux types d'obligations. A travers le droit de gage général, ils reconnaissent une certaine part de réel dans l'obligation personnelle mais ils rejettent le caractère « accessoire de ce droit vis-à-vis de la créance parce qu'il fait partie de la structure même de ce droit » : n°232, p. p. 193.

¹⁶⁹¹ S. GINOSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 573 et s.

transmission universelle et le régime de l'obligation réelle s'adapterait mal à l'universalité de droit¹⁶⁹². Or même en admettant que toute obligation, qu'elle soit personnelle ou réelle, affecte les biens du débiteur¹⁶⁹³, ce lien ne suffit pas à justifier la transmission universelle du passif¹⁶⁹⁴.

572. Rejet de l'obligation réelle : l'intérêt n'est pas un bien. – Un autre argument permet de rejeter la notion d'obligation réelle pour fonder la transmission universelle du passif. Nous avons vu que la théorie de l'obligation réelle devait être rejetée car d'une part, les obligations ne peuvent être rattachées à l'universalité par un lien d'accessoire et, d'autre part, l'universalité en tant que contenant n'est pas, en tant que bien extrapatrimonial, cessible¹⁶⁹⁵ – sa transmission ne peut donc engendrer la transmission d'un passif qui y serait attaché. Néanmoins, nous avons également vu que la transmission universelle repose essentiellement sur la reprise de l'intérêt fédérateur par l'ayant-cause universel. Il serait alors possible de voir un lien entre les obligations et cet intérêt pour tenter de faire revenir la thèse de l'obligation réelle dans le giron de la transmission universelle. Autrement dit, il s'agirait de considérer que parce que l'obligation est rattachée à l'intérêt et que celui-ci est repris par l'ayant-cause universel, le passif suit nécessairement l'intérêt dans lequel ces dettes ont été contractées. Mais l'intérêt n'est pas un bien juridique, les obligations s'y attachant ne sont pas cédées en raison de la qualité de propriétaire mais plutôt en raison de sa qualité de personne intéressée à la dette : l'intérêt qui est concrétisé dans l'obligation est ainsi déplacé. En d'autres termes, il s'agit d'identifier le sujet qui profite de l'obligation car c'est cette personne qui doit supporter la charge définitive de la dette. C'est ce que suggère d'ailleurs l'article 1318 du Code civil qui autorise la pratique du codébiteur solidaire adjoint¹⁶⁹⁶.

573. Reprise d'intérêt, maintien de l'affectation et reprise de dettes. – Le changement de débiteur engendré par la transmission universelle ne trouve finalement d'explication que par le prisme de l'intérêt repris par l'ayant-cause. Il est néanmoins important de se souvenir que l'intérêt juridique n'est pas un objet cessible mais un élément

¹⁶⁹² En effet, l'obligation réelle s'éteint par l'abandon. Parce que l'obligation vient grever un bien et parce qu'en conséquence, son propriétaire y est tenu, il suffit pour ce dernier d'abandonner la propriété du bien pour ne plus être tenu de l'obligation qui y est attachée. Si en théorie, l'ayant-cause pourrait abandonner l'universalité pour ne plus être tenu des dettes qu'elle contient, il est difficile d'admettre une universalité sans maître : *cf. supra* (n°46 et s.).

¹⁶⁹³ FR. ZÉNATI & TH. REVET, *ibid.*

¹⁶⁹⁴ Dans le même sens, N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2019, n°136 et s., p. 143 et s.

¹⁶⁹⁵ *Cf. supra* (n°234 et s.).

¹⁶⁹⁶ D.R. MARTIN, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD Civ.* 1994, p. 49 et s.

moteur, reposant sur la volonté pour prendre vie dans le domaine juridique. En ce sens, l'intérêt de l'ayant-cause est semblable à celui de l'auteur mais il n'est pas identique. Cette dissociation des intérêts permet la substitution des personnes dans les liens d'obligations qui gravitent autour d'un intérêt similaire. L'obligation se déplace d'une universalité à une autre et est liée aux biens par l'intérêt qui fédère l'universalité. Cette conception de la transmission universelle présente de nombreux avantages et introduit une cohérence dans le régime de cette opération. Elle permet d'abord de comprendre pourquoi la transmission universelle ne mène pas forcément à la création d'une nouvelle universalité : l'intérêt fédérateur peut être suffisamment distinct pour justifier l'existence d'une masse universelle autonome chez l'un sans l'être chez l'ayant-cause. C'est l'hypothèse par exemple de l'EIRL repris par une société. Ainsi, l'existence d'une masse autonome chez l'un n'existera pas chez l'autre ; les éléments transmis intégreront non pas une universalité d'accueil mais le patrimoine légal de l'ayant-cause universel. L'intérêt fédérateur qui était spécifique chez l'un se confond avec l'intérêt général et indifférencié chez l'autre. L'analyse permet également de ne pas voir dans la dette un bien transmissible dont une personne pourrait être propriétaire, ce qui n'aurait pas de sens¹⁶⁹⁷. Elle permet encore d'expliquer la transmission de l'intégralité des dettes qui participent à la poursuite de l'intérêt fédérateur dans une seule et même opération. Enfin, ce fondement de la transmission des dettes permet d'exclure les obligations marquées d'un *intuitu personae*¹⁶⁹⁸.

B. Des conditions de droit commun de la transmission universelle

574. La place de la volonté dans la transmission du patrimoine légal. – La volonté de changer le titulaire d'une universalité de droit doit, comme pour sa création¹⁶⁹⁹, passer par un acte manifestant la volonté de son ou de ses auteur(s) de réaliser la modification de la situation juridique. On retrouve alors les différences quant à la nature de l'acte selon les situations ; acte unilatéral ou convention, l'*instrumentum* doit manifester une volonté libre, éclairée et non équivoque. En ce sens, l'acceptation de la succession, la déclaration de désaffectation de l'EIRL ou le contrat d'apport partiel d'actif, le traité de fusion ou de scission d'une société¹⁷⁰⁰ ont cela de commun qu'ils répondent tous de conditions communes liées à

¹⁶⁹⁷ Cf. *supra* (n°515 et s.).

¹⁶⁹⁸ Cf. *infra*. (n°591 et s.).

¹⁶⁹⁹ Cf. *supra* (n°318).

¹⁷⁰⁰ Ainsi l'article L.236-2 du Code de commerce prévoit-il en son second alinéa que ces opérations sont soumises aux mêmes conditions que la modification des statuts.

l'expression de la volonté d'effectuer une transmission universelle sans liquidation, c'est-à-dire de l'intention de modifier la situation juridique des créanciers de la masse universelle. De la même manière encore, l'opposabilité de l'opération tient à l'information faite aux créanciers¹⁷⁰¹ qui se voient alors offrir un droit d'opposition¹⁷⁰² dès la publication de l'acte attestant de la transmission universelle¹⁷⁰³.

575. La question du consentement à la transmission universelle. – Pour déterminer la place de la volonté dans les opérations de transmission universelle, il convient cependant de distinguer les hypothèses : lorsqu'elle a lieu pour cause de mort, la volonté de l'auteur disparaît mais celle de l'ayant-cause demeure nécessaire. Ainsi lors du décès d'une personne physique, l'option de l'héritier va déterminer le sort des biens contenus dans l'universalité¹⁷⁰⁴. À l'inverse, dans le cadre d'une transmission entre vifs des universalités parfaites autre que le patrimoine légal, le consentement des deux parties à l'opération est nécessaire¹⁷⁰⁵.

576. Les conditions à la convention de transmission des universalités spécifiques. – La forme conventionnelle implique l'application des règles du droit commun des contrats. Il n'est en effet aucune raison d'exclure l'application de l'article 1128 du Code civil. Il faut néanmoins préciser que si le consentement libre et éclairé ainsi que la capacité des parties à l'opération ne connaissent pas de particularités¹⁷⁰⁶, les conditions tenant au contenu licite et surtout certain du contrat appellent en revanche quelques remarques. Le contenu de la transmission est, nous l'avons vu, de permettre la transmission de l'actif et du passif. Or ceux-ci doivent être identifiés pour que la transmission soit valable. Le consentement de

¹⁷⁰¹ Cf. *supra* (n°398 et s.).

¹⁷⁰² Cf. *supra* (n°401).

¹⁷⁰³ Cf. proposition.

¹⁷⁰⁴ Nous avons d'ailleurs vu que l'option successorale va déterminer le mode de transmission de l'universalité : en cas d'acceptation pure et simple, la transmission universelle s'impose (directement dans le patrimoine légal de l'héritier unique ou dans l'indivision successorale, universalité d'accueil des biens du défunt) ; en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net, c'est la liquidation qui s'applique : cf. *supra* (n°544).

¹⁷⁰⁵ Il aurait été possible de comprendre ici les cas où la transmission résulte de la décision unilatérale du titulaire de l'universalité de renoncer à l'affectation des biens contenus dans la masse, ce qui aurait pour effet de les faire revenir dans son patrimoine légal. C'est d'ailleurs l'hypothèse visée de la disparition de l'intérêt fédérateur qui rappelle la réunion des parts en une seule main en droit des sociétés ; c'est encore le cas lorsque l'entrepreneur individuel renonce à l'affectation. Cette renonciation s'apparente alors à une dissolution volontaire de l'EIRL mais celle-ci ne donne pas lieu à une transmission universelle mais à une liquidation : cf. *supra* (n°549). Il faut donc en déduire que, en dehors des cas de disparition de l'intérêt fédérateur suite au décès du titulaire, la transmission universelle ne peut se faire que par contrat.

¹⁷⁰⁶ Si ce n'est celles qui tiennent aux particularités des sociétés comme par exemple, la réunion d'une assemblée générale qu'impose l'article ? Mais l'idée de la présente section est de proposer un tronc commun de règles relatives à la transmission universelle ; celles-ci ont donc vocation à s'appliquer aux transmissions qui touchent les universalités parfaites comme le patrimoine des sociétés.

l'ayant-cause universel peut difficilement être considéré comme éclairé s'il ne sait pas quels biens ou quelles dettes il reçoit. Un état descriptif s'avère donc nécessaire, ce que prévoit déjà l'article L.526-17, III du Code de commerce concernant l'EIRL¹⁷⁰⁷. L'obligation d'établir cet inventaire de l'universalité juridique paraît nécessaire toutes les fois qu'une transmission universelle est envisagée¹⁷⁰⁸.

577. La nature de la convention de transmission. – Acte translatif de propriété concernant l'actif de l'universalité, acte emportant changement de débiteur sans novation concernant le passif¹⁷⁰⁹, la transmission universelle par convention ne trouve d'équivalent nulle part en droit positif. Les études sur les « cessions de patrimoine » proposent de soumettre l'opération au droit commun de la vente¹⁷¹⁰. L'idée de transfert qui innerve l'opération milite en faveur de cette analyse. Les spécificités de la transmission universelle y font néanmoins obstacles, doctrine et jurisprudence étant réfractaire à la propriété des dettes. En ce sens, le Professeur RAFFRAY propose donc d'associer à l'acte un « effet substitutif universel¹⁷¹¹ ». Cet effet n'est cependant attaché à aucun autre type de contrat existant en droit positif. L'idée de réduire cet effet au transfert de la propriété de l'universalité en tant que contenant¹⁷¹² n'est pas convaincante car elle revient à considérer la masse comme un objet de propriété, qui plus est cessible, ce que nous avons rejeté¹⁷¹³. Il est par conséquent indéniable qu'il s'agisse d'un acte translatif, il est en revanche plus discutable de considérer qu'il s'agit là d'une vente¹⁷¹⁴. L'exigence d'un prix ou, plus largement, d'une contrepartie ne peut être exigée dans tous les cas de transmission universelle. Force est alors de conclure à

¹⁷⁰⁷ L'article appelle des modifications quant aux termes employés : cf. propositions.

¹⁷⁰⁸ C'est d'ailleurs déjà le cas de toutes les hypothèses de transmission universelle de patrimoine en droit commercial.

¹⁷⁰⁹ En droit des sociétés, le législateur a pris le soin de le rappeler expressément aux articles L.236-14 et L.236-20 du Code de commerce. V. aussi R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°400, p. 313 ; V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz 2019, n°231, p. 146 ; E. DINH, « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010, 1979 (spéc. n°44).

¹⁷¹⁰ V. par ex. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2018, n°237 et s., p. 225 et s. Une nuance est apportée par l'auteur qui voit des divergences entre la vente de droit commun et la cession de patrimoine ; elle propose également par exemple d'admettre la cession des universalités à titre gratuit, ce qui suggère l'application du régime de la donation selon le caractère onéreux ou gratuit de l'acte. Dans les deux cas, Madame JULLIAN penche ici pour la qualification d'acte translatif de propriété.

¹⁷¹¹ R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°84 et s., p. 78 et s.

¹⁷¹² Ce qui est clairement exprimé chez Madame JULLIAN et sous-entendu chez Monsieur RAFFRAY lorsqu'il compare la transmission du patrimoine au transfert d'une universalité de fait (R. RAFFRAY, *ibid.*).

¹⁷¹³ Cf. *supra* (n°234 et s. et n°504 et s.).

¹⁷¹⁴ En ce sens, C. KUHN, *op. cit.*, n°330, p. 249.

l'existence d'une convention *sui generis*, soumise au droit commun des contrats mais échappant au droit spécial de la vente¹⁷¹⁵.

578. La publicité de la convention de transmission. – Une spécificité ressort néanmoins de la convention utilisée pour parvenir à la transmission d'une universalité juridique : l'opération ne peut se passer de publicité. Au même titre que la création des masses universelles, leur transfert implique une information des tiers afin de préserver leurs intérêts. Nous avons vu en effet que l'aménagement du droit de poursuite des créanciers nécessite une information de ces derniers. La liberté offerte au débiteur de limiter sa responsabilité ne peut se faire sans que ses créanciers n'en soient avertis. Le registre créé aux fins d'enregistrement de toute nouvelle universalité de droit¹⁷¹⁶ doit être étendue aux situations de transmission de ces mêmes universalités¹⁷¹⁷.

II. Effets de la transmission universelle

579. Le transfert du contenu de l'universalité. – Emportant transfert de l'intégralité de l'actif mais aussi du passif d'une masse universelle déterminée, l'opération de transmission universelle implique l'existence d'une masse, nouvelle ou ancienne, pour accueillir les éléments transférés (A). Malgré son caractère universel, l'opération vise *in fine* le transfert de titres particuliers, de sorte qu'il est possible d'y voir la simplification de plusieurs actes translatifs plutôt que le transfert d'un objet unique (B). Cette simplification ne doit pas se faire au prix des droits des créanciers, d'où la nécessité de mettre en place un contrôle dans le déroulé de la transmission mais aussi des garanties (C).

¹⁷¹⁵ C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle la Professeure JULLIAN arrive (N. JULLIAN, *op. cit.*, n°249, p. 234). Mais elle conserve l'idée que, selon les situations et, notamment, selon la volonté des parties à l'acte, il reste possible de soumettre la transmission universelle au régime de la vente. Cette analyse suggère l'application d'un régime différent selon *l'instrumentum*, ce qui témoignent des limites de l'analyse.

¹⁷¹⁶ Cf. *supra* (n°329).

¹⁷¹⁷ Mais les modalités de protection des droits des créanciers doivent ici être adaptées car il ne s'agit plus de protéger les créanciers antérieurs à la création de la masse universelle mais de s'assurer que la transmission universelle ne modifie pas, substantiellement, l'assiette de leur droit de poursuite. En d'autres termes, le danger étant ici moins important, il paraît plus légitime de leur offrir moins de moyens de protection de leurs droits : cf. *infra* (n°594 et s.).

A. L'universalité d'accueil

580. La nécessité d'une universalité d'accueil¹⁷¹⁸. – Le droit des sociétés impose, lors de la transmission universelle pour tout ou partie d'un patrimoine, qu'une personne puisse être qualifiée d'ayant-cause universel. Le régime de la scission, de la fusion ou de l'apport partiel d'actif exige ainsi la création d'une nouvelle société lorsque le transfert d'une partie du patrimoine social ne se fait pas au profit d'une personne morale existante¹⁷¹⁹. Mais là où la personnalité juridique est requise pour donner corps aux parties à l'opération, c'est l'existence d'un patrimoine récepteur des valeurs actives et passives qui est nécessaire pour la mise en œuvre du transfert. Or la titularité de plusieurs universalités étant désormais admise, il n'est plus nécessaire de créer, pour chaque transmission universelle, une nouvelle personnalité juridique. L'existence d'une universalité d'accueil est cependant nécessaire. C'est d'ailleurs là l'un des effets les plus distinctifs de la notion, ce qui marque sa différence la plus importante avec la liquidation. Cohérent, d'un point de vue théorique, avec l'analyse précédemment faite de la notion d'universalité de droit¹⁷²⁰, la nécessité d'une universalité d'accueil repose également sur l'exigence pratique de retrouver une structure identique avant et après l'opération lorsqu'on se place du point de vue des créanciers et de leur droit de gage général¹⁷²¹.

581. Un domaine d'application large. – La transmission universelle emporte transmission de l'actif et du passif mais il s'agit de transférer ces éléments d'une masse à une autre. Plusieurs issues sont alors possibles car la transmission universelle a vocation à s'appliquer toutes les fois où l'intérêt d'un auteur est repris par son ou ses ayant(s)-cause. Une première distinction se crée ainsi selon que l'intérêt repris se confond ou non avec l'intérêt général et indifférencié de l'ayant-cause. Dans un cas, l'intérêt demeurant distinct, la création d'une universalité d'accueil sera nécessaire ; dans l'autre cas, l'intérêt fédérateur se confondant avec l'intérêt général et indifférencié de l'ayant-cause universel, les éléments transmis se fondront directement dans le patrimoine légal de ce dernier. En d'autres termes,

¹⁷¹⁸ L'universalité d'accueil s'entend de la structure universelle (structure d'accueil de biens et de dettes : *cf. supra* : n°49) créée pour recevoir les éléments affectés : en ce sens, C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire*, th. Paris I, 2003, n°31 et s., p. 30 et s.

¹⁷¹⁹ P. LE CANNU & B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ-Lextenso, coll. Domat 2009, n°1596 et s., p. 1019 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER & FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2019, n°1941 et s., p. 779 et s.

¹⁷²⁰ *Cf. supra* (n°53 et s.).

¹⁷²¹ Contrairement aux auteurs qui y voient le transfert de propriété du même ensemble, c'est-à-dire l'abandon d'un droit de propriété sur la masse par l'auteur et l'acquisition dérivée de ce même droit sur le même ensemble, nous préférons y voir la disparition du contenant chez l'auteur et l'apparition concomitante d'un nouvel ensemble chez l'ayant-cause : *cf. supra* (n°235).

si l'opération implique nécessairement l'existence d'une universalité de droit pour accueillir les biens et les dettes transmis, cette universalité peut ou non préexister aux opérations de transmission. Ainsi, la transmission universelle peut se faire d'une universalité spécifique au patrimoine légale (comme pour l'EIRL qui transmet au patrimoine d'une société) ou d'une universalité spécifique à une autre nouvelle universalité tenue aux côtés du patrimoine légal (comme un EIRL qui transmet à un autre EIRL). Rien n'impose en revanche que la masse accueillant les éléments transférés soit une universalité parfaite. Une autre distinction est encore possible en se fondant sur l'existence d'un ou de plusieurs ayant(s)-cause. Dans un cas, l'intérêt repris est individuel (et demeure distinct ou non des intérêts de l'ayant-cause unique). Dans l'autre, l'intérêt est partagé entre plusieurs personnes, de sorte que naît alors un intérêt commun ou collectif, auxquels correspondent une indivision ou une nouvelle société.

582. Les hypothèses de transmission dans le patrimoine légal de l'ayant-cause. –

Sont ici concernées les situations où le titulaire d'une universalité décide de cesser la poursuite de l'intérêt fédérateur au profit d'un tiers, ayant-cause universel, sans que ce dernier souhaite maintenir toute limitation de responsabilité. La reprise de l'intérêt se fait alors sans maintien de l'autonomie patrimoniale et les éléments transférés ont alors vocation à se confondre avec les biens et dettes du patrimoine légal de l'ayant-cause. C'est le cas notamment lorsqu'un héritier unique accepte purement et simplement une succession. C'est également le cas lorsqu'un EIRL cède l'intégralité de son universalité professionnelle à une personne morale (en échange d'un prix¹⁷²² ou de parts sociales¹⁷²³). Doit encore entrer dans cette hypothèse, les cas où le majeur protégé recouvre une pleine capacité d'exercice et/ou de jouissance. Dans toutes ces situations, l'intérêt fédérateur ne disparaît pas, les dettes ne sont pas réglées, les obligations en cours ne viennent pas à échéance, l'activité se poursuit mais elle se confond avec d'autres intérêts non distincts chez l'ayant-cause. De la sorte, une transmission universelle s'imposera davantage qu'une liquidation et l'universalité d'accueil ne sera pas une nouvelle masse créée pour l'opération mais correspondra au patrimoine légal de l'ayant-cause universel. Il est ici possible de prendre l'exemple des successions. En

¹⁷²² L'opération s'apparentera alors à une « cession » d'universalité.

¹⁷²³ Il s'agira alors d'un apport en société comme le législateur le prévoit déjà pour l'EIRL à l'article L.526-6, C. Com. A ce sujet, v. notamm. CL. CHAMPAUD, « Apports en société et affectations patrimoniales entrepreneuriales. Ressemblances et différences. EIRL et fiducie. », *RTD Com* 2010, p. 353 ; V. THOMAS, « EIRL : transmission entre vifs du patrimoine affecté », *Rev. Sociétés* 2013, p. 673 ; FR. TERRÉ, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011, 1011 ; A. AYNÈS, « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011, p. 86.

présence d'un héritier unique, les éléments du patrimoine du défunt intègre celui de l'héritier. En cas de pluralité d'héritiers, il faut créer une indivision car apparaît un intérêt commun distinct. Enfin, dans l'hypothèse d'une acceptation à concurrence de l'actif net, aucun transfert n'est nécessaire, le patrimoine du défunt est liquidé. Ainsi, le décès d'une personne physique peut connaître trois issues différentes :

- lorsqu'il y a un héritier unique, une transmission universelle sans création d'une universalité d'accueil a lieu : le patrimoine légal recueille les biens et dettes ;
- lorsqu'il y a plusieurs héritiers, c'est une transmission universelle avec création d'une universalité d'accueil : l'indivision successorale ;
- lorsqu'il y a acceptation à concurrence de l'actif net (ou demande de séparation des patrimoines par l'un des créanciers) : la liquidation intervient ce qui exclut la transmission universelle.

583. Les hypothèses de création d'une nouvelle universalité d'accueil. – La création d'une universalité pour accueillir les biens et dettes transférés suppose que ces biens seront tenus à l'écart du droit de gage général des créanciers de l'ayant-cause. Autrement dit, il s'agit de maintenir la limitation de responsabilité existante chez l'auteur et de créer, en conséquence, une masse concurrente au patrimoine légal de l'ayant-cause : il s'agit de préserver l'autonomie patrimoniale. La nouvelle masse créée dans le cadre de la transmission universelle n'a pas besoin d'être complètement étanche car l'autonomie ainsi créée vise à préserver les droits des créanciers antérieurs à l'opération plus que ceux des créanciers à venir¹⁷²⁴.

584. La création d'une universalité imparfaite. – L'hypothèse d'une transmission universelle au profit d'une universalité imparfaite correspond finalement à la création d'une indivision conventionnelle. La masse commune ne peut exister que dans le cadre du mariage sans contrat. Dans ces cas, il s'agit alors de transférer le contenu d'une universalité parfaite – qu'il s'agisse d'une universalité spécifique, telle que la fiducie ou l'universalité professionnelle de l'EIRL, ou du patrimoine d'une personne physique ou morale – vers une masse indivise créée spécialement pour recueillir les biens et les dettes transférés. À la différence de la liquidation et du partage, il est ici question du maintien du gage des

¹⁷²⁴ Il suffit, pour s'en convaincre, d'observer le rôle des formalités et le droit d'opposition qui visent à protéger les créanciers dits « antérieurs » à l'opération : en ce sens, E. DUBUISSON & M. GERMAIN, « L'affectation d'un patrimoine : transmission », in *EIRL – L'entrepreneur individuelle à responsabilité limitée*, Litec-LexisNexis 2010, dir. FR. TERRÉ, n°115 et s., p. 65 et s. (spéc. n°195) ; M.P. DUMONT-LEFRAND, « La cession à titre onéreux du patrimoine affecté », *BJE* 2011, p. 85 et s.

créanciers, ce qui implique une continuité de l'intérêt fédérateur et, partant, un dynamisme possible de la nouvelle masse¹⁷²⁵. Autrement dit, le besoin de désintéresser les créanciers impose qu'on sache s'il existe une chance de poursuivre l'intérêt fédérateur ou si, à défaut du maintien de cet intérêt distinct, il faut liquider la masse. Le maintien d'une masse à part pour les besoins de la liquidation est-elle vraiment une universalité de droit ? Il est permis d'en douter car l'intérêt qui fédère l'ensemble n'a pas vocation à être poursuivi¹⁷²⁶. Finalement, l'indivision est une des issues possibles de l'universalité parfaite. Elle implique simplement que l'intérêt fédérant les éléments de la masse soit repris par plusieurs personnes prêtes à poursuivre l'activité ou l'exploitation des biens fédérés¹⁷²⁷.

585. La création d'une universalité parfaite : maintien de la limitation de responsabilité. – Admettre une transmission universelle sans liquidation d'une part et sans confusion avec le patrimoine légal de l'ayant-cause d'autre part, implique nécessairement l'existence d'une universalité nouvelle pour accueillir les biens et dettes transférés. Or lorsqu'il n'existe, dans ces situations, qu'un seul ayant-cause universel, c'est une nouvelle universalité parfaite qui est créée. Plusieurs remarques s'imposent alors. Se pose d'abord la question de savoir si la nouvelle universalité doit être de même nature que la précédente. Il s'agit par exemple de savoir si une universalité fiduciaire peut remplacer une universalité professionnelle. De prime abord, rien ne s'y oppose. Il convient cependant d'observer que lorsque l'intérêt fédérateur exige une activité spécifique ou réglementée, la forme de l'universalité peut s'imposer à l'ayant-cause. Ainsi, l'exploitation d'un fonds de commerce par un EIRL implique que le titulaire de la nouvelle universalité soit commerçant et prenne également la forme d'une entreprise individuelle. Ensuite, une simplification des formalités de création de l'universalité est nécessaire pour éviter toute redondance avec celles liées à l'opération de transmission universelle. Ainsi, les exigences de publicité et d'enregistrement

¹⁷²⁵ C'est ce dynamisme, inhérent à la notion d'universalité, qui permet de dissocier les cas de transmission d'une universalité à une autre d'un côté, et le maintien d'une universalité pour les besoins de la liquidation de l'autre (cf. *supra* : n°552 et s.).

¹⁷²⁶ Cf. *supra* (n°546).

¹⁷²⁷ Cette analyse soulève la question de la nature de la convention d'indivision. Celle-ci a pour effet de créer, au moins potentiellement, une masse de biens et de dettes réunis autour d'un intérêt, l'intérêt commun des indivisaires. Lorsqu'elle résulte de l'acquisition d'un bien unique par plusieurs acquéreurs, il serait légitime de rejeter la qualification d'universalité juridique. Pourtant, le bien indivis est alors exclu du gage commun des créanciers respectifs de chaque indivisaire au profit des créanciers de l'indivision. L'intérêt qui lie les deux indivisaires réside alors dans l'exploitation du bien et justifie la qualification d'universalité juridique.

Toute forme d'association entre deux personnes ne donne certes pas lieu à la création d'une telle masse mais dès lors que cette association fait apparaître un intérêt suffisamment distinct, engendrant une autonomie patrimoniale, fût-elle asymétrique, elle emporte création d'une universalité de droit : cf. *supra* (n°190 et s.).

doivent être unifiées dans cette hypothèse ; l'opposition offerte aux créanciers ne doit connaître qu'un régime unique, notamment du point de vue de la prescription.

B. La transmission simplifiée des éléments affectés

586. L'intérêt commande la transmission du contenu. – Le transfert des éléments contenus dans l'universalité de droit résulte de la reprise de l'intérêt par l'ayant-cause universel. Il apparaît ainsi que la plupart des éléments seront, par la structure de l'universalité et sa raison d'être, nécessairement rattachés à l'intérêt fédérateur et devront ainsi être transmis (1). D'autres éléments seront en revanche exclus de la transmission, notamment parce qu'ils seront davantage associés à la personne de l'auteur qu'à l'intérêt fédérateur (2).

1. Les éléments transmissibles

587. Principe de transmissibilité des éléments affectés. – « La transmission a pour effet que les droits et obligations recueillis par les ayants cause sont strictement les mêmes que ceux dont l'auteur était antérieurement le sujet : ils ont la même étendue, octroient les mêmes prérogatives et sont affectés des mêmes vices.¹⁷²⁸ ». Le régime applicable à la transmission universelle révèle la conception particulière que le Code civil a de cette opération. L'ayant-cause universel n'est pas un ayant-cause comme les autres, il bénéficie des avantages de son auteur, il subit les mêmes inconvénients. En atteste l'application des articles 1371 et 1377 en matière de preuve¹⁷²⁹, ou de l'article 877 en termes de mesures d'exécution¹⁷³⁰. Ces dispositions laissent ainsi entendre que la transmission universelle, à la différence de la liquidation, est marquée par la continuité. Or celle-ci ne peut être justifiée que du point de vue de l'affectation à l'intérêt fédérateur. Partant, tous les éléments affectés, mais seuls les éléments affectés, seront transmis.

588. Transmission globale et simplifiée. – Les auteurs s'accordent tous pour voir dans la transmission universelle le transfert de tous les éléments d'un patrimoine – puisqu'elle n'est actuellement possible que pour un patrimoine ou pour une branche d'activité, soit une partie de patrimoine – de manière globale et simplifiée. Il faut entendre

¹⁷²⁸ O. DESHAYES, *Répert. Dalloz Civ.*, V° *Ayant-cause*, n°125.

¹⁷²⁹ En ce sens, O. DESHAYES, *ibid.*

¹⁷³⁰ L'article prévoit en effet que « le titre exécutoire contre le défunt l'est aussi contre l'héritier, huit jours après que la signification lui en a été faite ».

cette globalité comme intégrant tous les éléments, actifs et passifs, rattachés à la masse. Il faut ensuite comprendre la simplification comme l'idée de que la transmission universelle se passe des formalités propres à chaque élément transmis. Nous avons vu que la tentation d'y voir le transfert du patrimoine comme contenant est forte mais doit être rejetée. Le caractère global et simplifié de la transmission demeure pourtant. En ce sens, les formalités de cession de créances ou de dettes par exemple seront exclues car elles se confondent avec celles imposées pour la transmission universelle. De la même manière, toute publicité ou tout enregistrement relatif au transfert des biens immatriculés doivent être simplifiés comme c'est déjà le cas pour les fusions, les apports partiels d'actif ou les scissions en droit des sociétés. Un inventaire des éléments à transmettre est d'ailleurs nécessaire et certains biens comme certaines dettes demeurent intransmissibles.

589. Reprise de l'intérêt et éléments transmissibles. – Reprendre un intérêt et céder un intérêt sont deux choses différentes. L'intérêt étant une chose immanente, il ne peut passer d'une main à une autre car il n'est pas un objet à saisir, mais un objet qui est issu de la personne. Ce rattachement nécessaire au sujet en fait un objet particulier et permet d'expliquer pourquoi certains biens et certaines dettes doivent être exclus de l'opération translatrice. La justification de la transmission universelle par l'idée d'une reprise de l'intérêt fédérateur invite à dissocier les intérêts de l'auteur et de l'ayant-cause. Cette dissociation s'accompagne d'une similitude : il y a une part de commun et une part de distinct dans l'analyse de ces deux intérêts. À chacune de ces parts correspondent des éléments transmissibles de plein droit et des éléments intransmissibles ; finalement l'opération emporte un effet translatif et un effet extinctif¹⁷³¹. La reprise de l'intérêt justifie ainsi la transmission des créances, peu important leur source ou leur exigibilité. La Professeure JULLIAN écrit ainsi que « se trouvent transmises les créances, qu'elles soient issues d'un contrat, d'un quasi-contrat ou d'un engagement unilatéral. Il en est de même pour les créances délictuelles dès lors qu'elles se rattachent à l'intérêt constitutif de l'affectation¹⁷³² ». Il en va de même des contrats qui sont transmis en raison du maintien de l'intérêt des parties au contrat¹⁷³³. Il va encore de même pour les dettes. Quoiqu'intransmissibles à titre

¹⁷³¹ En ce sens, M.L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris X, p. 271 et s.

¹⁷³² N. JULLIAN, *op. cit.*, n°410, p. 399-400.

¹⁷³³ Ainsi, le Professeur RAFFRAY écrit-il que « le bénéficiaire de la transmission universelle est « obligé à la continuation de tous les contrats, que cette continuation lui soit ou non profitable (...) c'est le maintien de la cause, entendu comme l'intérêt des parties au contrat qui explique la transmission du contrat. » : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°366, p. 289-290. Dans le même sens, N. JULLIAN, *ibid.* ; L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica* 1984, n°101 et s., p. 79 et s. ; FR. GAUDU & R. VATINET,

particulier – malgré l'introduction de la cession de dettes en droit français par la réforme des obligations et qui s'apparente davantage à une délégation –, la dette est transmissible à titre universel. Elle est transmise et non liquidée lors de l'opération en raison de la continuation de l'activité, résultant elle-même de la reprise d'intérêt par l'ayant-cause universel¹⁷³⁴. Demeure alors deux interrogations : celle des éléments qui ne peuvent être transmis et celle des éléments qui se rattachent à l'intérêt sans apparaître dans la convention de transmission. Il s'agit donc de s'intéresser aux biens et dettes intransmissibles ainsi qu'aux biens et dettes occultes.

590. La question des éléments occultes. – Sont considérés comme occultes les éléments, actifs ou passifs, qui sont exclus de l'inventaire au jour de la transmission et qui n'apparaissent qu'ultérieurement. Ainsi en est-il de la dette légitimement ignorée de l'héritier au moment de l'acceptation de la succession¹⁷³⁵ ou de la dette omise du traité d'apport dans l'opération d'apport partiel d'actif¹⁷³⁶. Dans l'une comme dans l'autre de ces situations, le droit positif va dans le sens d'un transfert rétroactif des biens ou dettes qui ont été oubliés lors de l'opération¹⁷³⁷. Le rattachement de ces objets à l'intérêt fédérateur de l'universalité dont ils faisaient partie permet de les intégrer à la masse qui reprend ce même intérêt. Certains auteurs ont prétendu justifier cette solution par l'appartenance de ces éléments à un ensemble qui a été cédé. Or nous avons vu que l'universalité n'est pas cessible en tant que contenant : ce n'est pas l'enveloppe qui est cédée mais seulement les éléments qui y sont contenus. Par ailleurs, l'affectation et le lien ainsi créé entre les biens ou les dettes et l'intérêt fédérateur suffisent à justifier le sort du bien ou de la dette oublié(e) – à savoir son intégration à la nouvelle universalité à laquelle il ou elle est rattaché(e)¹⁷³⁸. Il faut d'ailleurs se rappeler que

Traité des contrats – Les contrats de travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, LGDJ 2001, n°396 et s., p. 416 et s.

¹⁷³⁴ Cf. *supra* (n°541 et s.).

¹⁷³⁵ Traitée par l'article 786 du Code civil, la dette occulte peut ne pas peser sur l'héritier acceptant si ce dernier avait des motifs légitime d'ignorer l'existence de cette dette et que celle-ci risque « d'obérer gravement son patrimoine personnel ».

¹⁷³⁶ Com, 4 févr. 2004, n°00-13501, *D.* 2004, obs. J.CL. HALLOUIN, *RTD Com.* 2007, P.Y. BÉRARD, *Dr. & Patrim.* 2004/126, p. 85, note D. PORACCHIA : la Cour de cassation affirme que l'ayant-cause est alors tenu de la dette quand bien même il aurait ignoré son existence.

¹⁷³⁷ L'article 786 précité n'est qu'une exception au principe. Il impose par ailleurs des conditions strictement appliquées par la Cour de cassation qui maintient l'idée que l'héritier est tenu des dettes qu'il ignorait : Civ. 1^e, 4 janv. 2017, n°16-12293, *JCP N* 2018, p. 52, note R. LE GUIDEC, *Dr. & Patrim.* 2017/274, p. 60, note CH. BLANCHARD, *RDC* 2017/2, p. 258, comm. R. LIBCHABER, *RLDC* 2017/148, p. 28, note A.L. NACHBAUM-SCHNEIDER, *Deffrénois* 2017/6, p. 383, comm. V. BRÉMOND, *RJPF* 2017/2, p. 46, note FR. SAUVAGE.

¹⁷³⁸ En ce sens, la Cour de cassation a pu énoncer que « la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit, dès lors que le bien, droit ou obligation se rattache à la branche d'activité apportée même sur les biens, droits et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figureraient pas dans le traité d'apport ou de fusion » : Com, 4 févr. 2004, n°00-

la transmission universelle se passe de l'accord du créancier pour la seule raison que l'assiette de son droit de poursuite est inchangée¹⁷³⁹ ; le priver de son dû parce que son nouveau débiteur ignorait l'existence de l'obligation reviendrait à ne jamais prendre en compte les intérêts du créancier¹⁷⁴⁰.

2. *Les éléments intransmissibles*

591. Les éléments intransmissibles : les fautes du titulaire. – Si la transmission des éléments contenus dans l'universalité repose sur le rattachement de ces éléments à l'intérêt fédérateur, il paraît logique de considérer que tous les biens ou dettes qui sont détachés de cet intérêt ne soient pas transmis. La question ne devrait pas, en théorie, se poser. La composition de la masse est déterminée selon le cadre dans lequel les obligations prennent naissance. Ainsi par exemple avons-nous pu voir que la faute réalisée dans le cadre de la poursuite de l'intérêt fédérateur va nécessairement permettre l'intégration de la dette de réparation dans l'universalité qui en dépend. À l'inverse, l'idée d'une faute détachable permet d'exclure cette indemnisation de la masse universelle pour la rattacher au patrimoine légal de l'auteur de la faute¹⁷⁴¹. Ce raisonnement doit permettre d'exclure toute question concernant la transmission d'une créance ou d'une dette de réparation. Admettons par exemple, la dette de réparation pesant sur le fiduciaire après transmission universelle de l'universalité fiduciaire au bénéficiaire. La dette de réparation étant détachable de l'intérêt fédérateur de la fiducie, elle ne figure pas dans la masse universelle mais dans le patrimoine légal du fiduciaire. Il n'y a donc rien à transmettre. Pourtant, une complication demeure : la faute pénale, notamment lorsque celle-ci a été réalisée au profit de l'intérêt fédérateur. Le principe de personnalité des peines, édicté par l'article 121-1 du Code pénal¹⁷⁴², ne connaît pas l'application stricte qu'on lui prêtait au début du siècle¹⁷⁴³. Ses tempéraments, tant pour

13501, D. 2004, obs. J.CL. HALLOUIN, *RTD Com.* 2007, P.Y. BÉRARD, *Dr. & Patrim.* 2004/126, p. 85, note D. PORACCHIA

¹⁷³⁹ Cf. *supra* (n°584).

¹⁷⁴⁰ En ce sens, R. LIBCHABER, « La choquante décharge de dette successorale de l'article 786, alinéa 2 du Code civil », *comm. préc.*

¹⁷⁴¹ Cf. *supra* (n°360 et s.).

¹⁷⁴² L'article dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

¹⁷⁴³ V. notamm. CC, 16 juin 1999, DC n°99-411, Rec., p. 75 où le Conseil constitutionnel consacre le principe « selon lequel nul n'est responsable que de son propre fait ».

les personnes physiques¹⁷⁴⁴ que pour les personnes morales¹⁷⁴⁵, se sont ainsi développés. Nombre d’auteurs s’accordent ainsi pour retenir qu’en cas de transmission d’un patrimoine, notamment des personnes morales, l’intransmissibilité de la peine dépendra de la nature de la sanction et de l’intérêt que sert la faute. En d’autres termes, toute sanction pénale – entendue au sens large¹⁷⁴⁶ – n’est pas nécessairement intransmissible. L’évolution jurisprudentielle à ce sujet a ainsi engendré plusieurs distinctions entre peine personnelle et peine pécuniaire¹⁷⁴⁷ et entre action publique et action civile¹⁷⁴⁸, reprise par les auteurs de la transmission universelle¹⁷⁴⁹. Leur raisonnement ne peut malheureusement être transposé aux universalités car leurs arguments reposent sur la disparition de la personne morale auteure de l’infraction, là où la transmission universelle d’une universalité de droit n’implique pas la fin de la personnalité juridique de l’auteur. Monsieur MESA conclut ainsi au sujet de l’EIRL, qu’il est impossible de déterminer à l’avance quelles dettes ou créances de réparations seront transmises¹⁷⁵⁰. L’idée de profit pour l’intérêt fédérateur ne suffit pas à effacer le caractère personnel de l’infraction et partant de la peine. Il faut donc se satisfaire d’une appréciation souveraine laissée au juge en cas de désaccord entre les parties à l’opération.

592. Les éléments intransmissibles : l’exemple des contrats. – Il serait ici tentant de retenir que les contrats et obligations conclus *intuitu personae* seront exclus de la

¹⁷⁴⁴ En ce sens, P. LEVEL, « De quelques atteintes au principe de la personnalité des peines », *JCP G* 1960, I, 1583 ; S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 707 ; A. LECOURT, « Principe de personnalité des peines et restructuration de la société : particularisme de contexte ou fin du débat ? », *RTD Com.* 2020, p. 109 et s., note ss. CEDH, 1^{er} oct. 2019, n°37858/14.

¹⁷⁴⁵ V. par exemple A. LECOURT, *ibid.* ; I.M. BARSAN, « La personnalité des peines appliquée aux personnes morales en cas de fusion », *Rev. Sociétés* 2018, p. 156 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *R.D. Pén.* 1950, p. 339 ; L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l’épreuve des fusions et scissions de sociétés », *JCP G* 2001, I, 345 ; D. VICH-Y-LLADO, « La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion », *JCP E* 2001, 838 ; J.F. BARBIERI, « Incidences d’une fusion : divergences sur l’imputabilité des sanctions financières applicables au comportement de la société absorbée », *LPA* 27 avril 2001, p. 15 ; H. BARBIER, « D’une personne morale à l’autre : transmission des dettes via l’entreprise sous-jacente », *RTD Civ.* 2015, p. 388 ; H. LE NABASQUE, « Personnalité des délits et des peines et fusions », *BJS* 2015, p. 393.

¹⁷⁴⁶ L’acception retenue ici de la responsabilité pénale est celle de la CEDH qui inclut les manquements au droit de la concurrence, au droit financier ou au droit bancaire : CEDH 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, n°5100/71.

¹⁷⁴⁷ V. par ex. *Com.* 15 juin 1999, n°97-16439, *Bull. Civ. IV*, n°127, *RJDA* 1999, n°849 ; *Rev. Sociétés* 1999, p. 844, note D. VATEL ; *RTD Com.* 1999, p. 941, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Crim.* 20 juin 2000, n°99-86742, *Bull. Crim.*, n°237, *Rev. Sociétés* 2001, p. 851, note I. URBAIN-PARLÉANI, *BJS* 2000, p. 39, note C. MASCALA, *D.* 2001, actu 853, note H. MASTOPOULOU ; *Crim.* 14 oct. 2003, n°02-86376, *Bull. Crim.*, n°189, *Rev. Sociétés* 2004, p. 161, note B. BOULOC, *D.* 2004, *Somm.* 319, note G. ROUJOU DE BOUBÉE, *BJS* 2004, p. 265, note J.F. BARBIÉRI.

¹⁷⁴⁸ *Par ex. Crim.* 28 févr. 2017, n°15-81469, *Dr. sociétés* 2017, n°80, note J. HEINICH.

¹⁷⁴⁹ V. par ex. en droit des sociétés : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°539 et s., p. 420 et s. ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°482 et s., p. 459 et s. ; et plus particulièrement concernant l’EIRL : R. MESA, « L’EIRL et le droit pénal », *Dr. & Patrim.* 2016, n°254 ; J.H. ROBERT, « L’EIRL et le droit pénal », in *L’EIRL – L’entrepreneur à responsabilité limitée*, LexisNexis-Litec 2010, dir. FR. TERRÉ, n°442 et s., p. 189 et s.

¹⁷⁵⁰ R. MESA, *art. préc.*

transmission universelle. C'est d'ailleurs en ce sens que jurisprudence et doctrine s'accordent généralement¹⁷⁵¹. Le silence du législateur interroge néanmoins sur une exclusion automatique des éléments marqués d'un *intuitu personae*. Ainsi certains auteurs critiquent cette systématisation et tout contrat conclu *intuitu personae* n'a pas forcément vocation à être exclu de la transmission universelle¹⁷⁵². La difficulté réside alors dans la définition de l'*intuitu personae* pour déterminer exactement quels sont les contrats et dettes qui doivent nécessairement être exclus de l'opération. L'obstacle de leur transfert réside dans le rattachement de ces objets au sujet de l'auteur. Mais toute obligation ou tout contrat est nécessairement conclu en considération de la personne du contractant : ce n'est alors pas une question de principe mais de degré¹⁷⁵³. Il s'agit donc de savoir à partir de quel degré, l'exclusion s'impose. Madame BARTHEZ propose de considérer que dès lors que la personne du contractant revêt un caractère déterminant dans la conclusion du contrat, celui-ci ne peut être transmis. Ainsi, le portrait commandé à un peintre ne peut être transmis à un autre, quand bien même l'ayant-cause du peintre initial récupérerait le matériel nécessaire à la tâche¹⁷⁵⁴. Le contrat de prestation de service est alors caduc et ni le prestataire initial, ni le bénéficiaire de la transmission universelle, ne sont tenus d'exécuter, quoique des restitutions seront alors sans doute nécessaires. Le problème n'est pourtant pas résolu car l'absence de règle excluant de plein droit la transmission de ce type de contrat engendrerait un contentieux important sur les contours de l'*intuitu personae*. Il semblerait ainsi que toutes les fois où la personne du

¹⁷⁵¹ V. notamm. en jurisprudence : Civ., 3^e, 23 avril 1976, *Rev. Sociétés* 1977, p. 69, note. Y. GUYON ; Civ. 3^e, 10 nov. 1998, n°97-12369, Bull. Civ. III, n°212, *JCP E* 1999, jurisp. 328, obs A. DJIGO ; Com, 30 mai 2000, n°97-18457, Bull. Civ. IV, n°113, *BJS* 2000, p. 841, note. M.L. COQUELET ; Com. 13 déc. 2005, n°03-16878, Bull. Civ. IV, n°255, *JCP E* 2006, 1669, note. H. HOVASSE, *RLDC* 2006/24, p. 10, note S. DOIREAU, *D.* 2006, actu 10, obs. A. LIENHARD, *BJS* 2006, p. 591, note X. VAMPARYS.

Et v. en doctrine : A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », in *Mélanges CH. MOULY*, Litec 1998, p. 193 et s. ; M. DUBERTRET, « L'*intuitu personae* dans les fusions », *Rev. Sociétés* 2006, p. 721 et s. ; X. JASPAR & N. MÉTAIS, « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats conclus *intuitu personae* et les limites afférentes à certains biens », *BJS* 1998, p. 447 et s. ; P. Y. BÉRARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitu personae* », *RTD Com.* 2007, p. 279 et s. ; A.S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations – Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I, 2000, N°554, p. 420 ; R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°464 et s., p. 361 et s. ; N. JULLIAN, *op. cit.*, n°440 et s., p. 419 et s. ; M.L. COQUELET, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁵² Monsieur RAFFRAY et Monsieur DUBERTRET s'opposent notamment à cette systématisation qui peut nuire à l'économie alors que certains contrats, pourtant marqué d'un certain *intuitu personae*, peuvent être inclus dans la transmission universelle. Leur argumentation reposant sur l'idée que cette opération ne concerne que des personnes morales, elle doit être rejetée : R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°471, p. 369 ; M. DUBERTRET, *art. préc.*

¹⁷⁵³ Concernant les difficultés à saisir la notion d'*intuitu personae* : E. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938 ; L. AYNÈS, *op. cit.*, ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats*, th. Paris II 1974 ; G. KOSTIC, *L'intuitu personae dans les contrats en droit privé*, th. Paris V 1997 ; M. AZOULAI, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. DURAND, LGDJ 1960 ; J.F. RENUCCI, « L'identité du contractant », *RTD Com.* 1993, p. 441 et s. ; A.S. BARTHEZ, *op. cit.*, spec. n°475 et s., p. 386 et s. ; N. JULLIAN, *ibid.* ; R. RAFFRAY, *ibid.*

¹⁷⁵⁴ A.S. BARTHEZ, *op. cit.*, n°554, p. 420.

cocontractant est érigée en élément déterminant du contrat, il faille en refuser la transmission, sauf accord exprès du contractant cédé¹⁷⁵⁵. C'est d'ailleurs le rôle des clauses de changement de contrôle insérée dans les contrats conclus avec des sociétés¹⁷⁵⁶.

593. Sort des dettes non transmises. – La question de l'intransmissibilité de certains éléments soulève celle de leur sort. Nous avons vu que la liquidation emportait par exemple la déchéance de toutes les obligations. Mais celle-ci s'explique par la disparition de l'intérêt à l'origine de la dette. Or lors de la transmission universelle, il faut observer que la reprise de l'intérêt par l'ayant-cause est concomitante à la disparition de l'intérêt chez l'auteur. Il faudrait donc en déduire la déchéance des dettes non transmises et leur règlement. Une alternative résiderait dans le transfert de ces obligations dans le patrimoine légal de l'auteur. De ces deux options, l'une semble plus cohérente que l'autre. Il est difficilement envisageable de voir une dette suffisamment rattachée à l'intérêt fédérateur pour intégrer la masse universelle, mais pas assez pour ne pas en permettre la transmission. De la sorte, ne devraient être concernés que peu d'obligations et celles-ci devraient être réglées plutôt que transférées dans le patrimoine légal de l'auteur, sous peine de vider la limitation de responsabilité recherchée par la technique de l'universalité de droit, de son sens.

C. Le contrôle de la transmission

594. Droit d'opposition des créanciers. – La transmission universelle offre, en droit des sociétés¹⁷⁵⁷, un droit d'opposition aux créanciers qui souhaite contester l'opération¹⁷⁵⁸. Principaux concernés par le changement de débiteur, ce droit d'opposition se présente comme la contrepartie de la simplification de la transmission des éléments contenus dans l'universalité. Parce qu'elle se passe de l'accord des créanciers pour le transfert des dettes, la transmission universelle doit permettre à chaque créancier d'agir s'il soupçonne un risque de

¹⁷⁵⁵ Madame JULLIAN suggère d'imposer une obligation de motivation pour le contractant qui refuse de poursuivre le contrat avec l'ayant-cause universel. Elle propose donc la solution inverse : tout contrat susceptible d'être poursuivi par le « cessionnaire du patrimoine » doit être transmis, sauf l'opposition motivée du contractant cédé : N. JULLIAN, *op. cit.*, n°454, p. 432. *Contra* v. R. RAFFRAY, *op. cit.*, n°473, p. 371 : où l'auteur, après une analyse complète, retient qu'il faut traiter la transmission de ces contrats au cas par cas.

¹⁷⁵⁶ La clause de changement de contrôle est celle qui s'oppose à la cession du contrat qui la contient en cas de changement de cocontractant (par l'effet d'une fusion, d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, d'une cession du contrôle de la société). Faisant échec au transfert du contrat en cas de transmission universel, cette clause est également appelée « clause d'*intuitu societatis* » ; sur ce point, v. R. Raffray, *op. cit.*, n°530 et s., p. 413 et s.

¹⁷⁵⁷ Cette possibilité n'existe pas en droit des successions dans la mesure où la transmission universelle résulte en la matière du décès du titulaire de l'universalité à transmettre et non de sa volonté.

¹⁷⁵⁸ Art. 236-14, C. Com.

ne pas obtenir paiement de sa créance. Il devrait en être de même concernant la transmission universelle de toutes les universalités juridiques. Ainsi, les créanciers se verraient offrir un droit de s'opposer à l'opération sous trente jours après la publication de la dissolution, comme en droit des sociétés. La suite de cette opposition peut également être transposée et « le tribunal pourra : soit rejeter l'opposition ; soit ordonner le remboursement des créances ; soit ordonner la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. Afin d'assurer l'efficacité de cette protection, la transmission du patrimoine n'est réalisée et la personne morale ne disparaît qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées¹⁷⁵⁹. ». Cette intervention éventuelle du juge soulève la question du bien-fondé de l'action des créanciers et notamment l'existence de leur intérêt à agir.

595. Opportunité d'un contrôle de conformité à l'intérêt en cas de création d'une nouvelle universalité. – La transmission universelle ne mène pas toujours à la création d'une nouvelle universalité de droit. Lorsque tel est le cas, il convient néanmoins de vérifier que la reprise de l'intérêt par l'ayant-cause universel, condition essentielle à l'opération, permet effectivement la dissociation avec l'intérêt général et indifférencié de la personne. Le danger auquel les créanciers se trouvent exposé n'est justifié que dans la mesure où l'intérêt fédérateur ne les place pas en concurrence avec d'autres créanciers (les créanciers personnels de l'ayant-cause). L'existence de toute universalité juridique reposant sur la dissociation des intérêts de son ou de ses titulaires¹⁷⁶⁰, il paraît opportun de permettre à tout intéressé de contester la création de la masse universelle, de s'opposer à l'aménagement du droit de gage général des créanciers. Deux questions se posent alors : comment définir ici l'intérêt à agir ? quelle sanction prévoir en cas de non-conformité à l'intérêt ? La réponse à cette dernière question est la plus simple : comme pour la création de toute universalité juridique, l'absence d'intérêt spécifique traduit une volonté illégitime de limiter sa responsabilité. La seule sanction envisageable est donc la réunion des masses¹⁷⁶¹. La première question est en revanche plus difficile à résoudre. L'opportunité offerte aux créanciers de demander la

¹⁷⁵⁹ P. SERLOOTEN, *Répert. Sociétés Dalloz*, V^oEURL, n°186. L'auteur cite un arrêt pour appuyer son affirmation : Civ. 3^e, 20 juin 2007, n°06-13514, Bull. Civ. III, n°112 : *D.* 2007, actu 1797 ; *BJS* 2007. 1359, note F.X. LUCAS

¹⁷⁶⁰ *Cf. supra* (n°181 et s.).

¹⁷⁶¹ *Cf. supra* (n°412 et s.).

confusion des masses ne se confond-elle pas finalement avec l'exercice du droit d'opposition ? Les domaines de ces deux actions ne se recoupent-ils pas ?

596. Distinction des voies d'action pour les créanciers. – À la différence du droit d'opposition, l'action en réunion des masses ne vise pas à protéger le seul créancier¹⁷⁶² qui agit mais tous les créanciers de l'universalité spécifique. Il faut donc en déduire que la première est une action individuelle qui implique l'existence d'un risque mais pas nécessairement d'une faute. La légitimité de cette action résiderait alors dans l'insuffisance des actifs pour combler le passif, sur la situation financière de l'ayant-cause ou sur la titularité de plusieurs universalités existantes. En d'autres termes, le risque s'appréciera ici au regard de l'état financier du nouveau débiteur. L'action en réunion des masses en revanche vise à sanctionner l'absence d'intérêt spécifique, laquelle ne peut être vérifiée qu'après une certaine période d'activité. Ainsi, les délais pour agir ne devraient pas être les mêmes. Les conséquences de cette action étant plus importantes¹⁷⁶³, les conditions pour l'exercer devraient également être plus strictes. Il serait ainsi sans doute opportun d'exiger du créancier qui agit de prouver l'absence d'activité ou la contrariété de l'activité à l'intérêt fédérateur déclaré.

597. Opportunité d'une garantie de passif ? – Certains auteurs considèrent qu'il existe un dernier moyen de protéger les tiers dans le cadre de la transmission universelle. Il ne s'agit plus en revanche de protéger uniquement les créanciers mais également l'ayant-cause universel. Ce mécanisme revient à instaurer une garantie de passif pesant sur le titulaire initial de l'universalité. La Professeure JULLIAN propose d'appliquer la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction à la « cession de patrimoine »¹⁷⁶⁴. Or nous avons vu que l'application du régime de la vente à la transmission universelle n'est pas appropriée, ce qui exclut logiquement les mécanismes protecteurs qui en sont issus. Si les moyens de la garantie ne sont pas appropriés, l'idée d'une garantie légale pourrait devoir s'imposer. L'analyse montre en réalité qu'il serait incohérent d'imposer le paiement de dettes séparées tant que l'universalité fonctionne mais confondues avec les autres au moment où la masse universelle prend fin. Autrement dit, admettre une telle garantie revient, une fois de plus, à vider la séparation des masses de son sens. Il faut pourtant pouvoir l'admettre lorsqu'il s'agit de

¹⁷⁶² Rappr. l'action paulienne en cas de cession fiduciaire : C. KUHN, *op. cit.*, n°590 et s., p. 410 et s.

¹⁷⁶³ Cf. *supra* (n°412 et s.).

¹⁷⁶⁴ N. JULLIAN, *op. cit.*, n°501 et s., p. 473 et s.

sanctionner la faute de l'auteur qui a sciemment dissimulé une dette pour augmenter le prix de la transmission¹⁷⁶⁵.

598. Conclusion de la section. – La transmission universelle qui semble ne s'appliquer qu'aux patrimoines des personnes physiques et morales doit pouvoir être étendues à toutes les universalités parfaites. L'opération se distingue de la liquidation en ce qu'elle suggère la reprise de l'intérêt fédérateur et, partant, celle des dettes contenues dans la masse universelle. En raison des dangers qu'elle implique, la transmission universelle doit être spécialement encadrée et il est alors possible de proposer un socle commun de règles applicables aux transmissions de toutes les universalités tant pour préserver la cohérence de la notion d'universalité de droit que pour protéger les créanciers, principaux concernés par le changement de débiteur qu'implique l'opération. À ce titre, le droit positif apporte des pistes de réflexion qui permettent de dessiner les premiers contours d'un tel droit commun.

599. Conclusion du chapitre. – Les moyens de transférer le contenu des universalités sont aussi variés que les catégories d'universalités découvertes dans la première partie de cette étude. Malgré la multitude de ses applications, l'universalité de droit est une notion unitaire dont le régime concernant sa transmission et les limites qui y sont apportées semblent pouvoir suivre une même unité. En ce sens, liquidation et transmission universelle sont les deux issues possibles de ces masses de biens et de dettes. Le sort de l'intérêt, qui occupe une fois encore une place centrale, commande le régime applicable au mode de transmission de l'ensemble universel. Parce qu'il est propre à chaque individu, l'intérêt ne peut être cédé. L'identité des intérêts de deux personnes peut néanmoins justifier la reprise d'une universalité qui en permet la poursuite. La masse de biens et de dettes qui n'existe qu'au service d'un intérêt spécifique peut être affectée à l'intérêt d'une personne un temps et à celui d'une autre le moment suivant. Cette analyse permet d'expliquer comment une universalité parfaite peut sembler passer d'un titulaire à un autre. Elle permet également de comprendre en quoi l'universalité imparfaite est nécessairement exclue de la transmission universelle. Ces ensembles, caractérisés par une corrélation actif/passif asymétrique d'une part et par l'existence d'un intérêt commun d'autre part, ne peuvent être repris par un autre groupe. L'intérêt qui rassemble plusieurs individus peut éventuellement accueillir un nouveau membre mais il ne peut se retrouver à l'identique chez un autre groupement. La liquidation est alors la seule issue possible. Mais la liquidation n'est pas l'apanage des universalités

¹⁷⁶⁵ C'est ce que Madame JULLIAN semble entendre dans la notion de « vice caché » : *ibid.*

imparfaites et toute masse non transmise, qu'elle soit parfaite ou non, doit être liquidée avant que son contenu ne réintègre le patrimoine légal de son ou ses titulaire(s).

600. Conclusion du titre – Le titulaire de l'universalité est soumis à la décision qu'il prend lui-même de créer une masse universelle. Le respect de l'affectation prend donc la forme de restrictions aux pouvoirs du propriétaire sur ses biens. Ces restrictions sont nécessaires pour la pérennité de la situation engendrée par l'universalité. C'est donc un objectif de sécurité juridique qui commande les atteintes à la maîtrise du débiteur sur ses biens d'un côté et les prérogatives offertes aux créanciers de l'autre. La relecture des notions connues qui encadrent les universalités existantes en droit positif, telle que la transmission universelle, la propriété collective ou la titularité, a permis de rendre compte d'une caractéristique essentielle de l'universalité de droit : elle est un bien extrapatrimonial c'est-à-dire un bien incessible. Le transfert global de son contenu est néanmoins possible mais l'enveloppe ne peut passer, d'une personne à une autre.

601. Conclusion de la seconde partie. – La notion d’universalité de droit se présente finalement comme une technique qui touche la responsabilité : moyen de limiter celle-ci, la masse universelle est légitimée par la reconnaissance d’un intérêt spécifique. Cet intérêt est au cœur de l’universalité et c’est lui qui doit alors servir de curseur, de point d’ancrage, pour déterminer quels sont les biens et quelles sont les dettes qui s’y s’attachent. Cette conformité à l’intérêt qui irrigue la notion d’universalité juridique permet de justifier les mesures qui accompagnent la création d’une telle masse. Avantage offert au débiteur qui souhaite cloisonner sa responsabilité, cette liberté de créer des universalités doit être assortie d’un certain nombre de garanties à l’égard des autres et notamment des créanciers. Parce qu’elle crée une insaisissabilité relative des biens affectés, cette technique d’aménagement du droit de poursuite des créanciers vient parallèlement avec un droit d’opposition. L’équilibre recherché entre les intérêts de chaque partie au rapport d’obligation doit trouver sa source dans la transparence des mesures prises par l’une ou l’autre de ces parties. Information, publicité, opposabilité se mêlent alors à l’affectation, à l’insaisissabilité et à la titularité pour créer un ensemble cohérent qui permet de limiter les pouvoirs du débiteur sur ses biens et de protéger les créanciers qui subissent la diminution de l’assiette de leur gage. Ces règles concernant la création de la masse universelle trouvent un écho dans l’encadrement de la transmission de l’universalité car c’est à l’occasion d’une telle opération que le déséquilibre refait surface et les garanties offertes aux tiers doivent pouvoir permettre au débiteur de gérer librement ses biens. De là se dessine nécessairement un droit commun de l’universalité juridique. Ce tronc commun de règles s’accompagne fatalement des spécificités qu’emprunte chacune des masses universelles mais il permet également d’asseoir la légitimité de l’universalité de droit comme véritable notion du droit français.

CONCLUSION GÉNÉRALE

602. L'universalité de droit et le patrimoine. – « La théorie du patrimoine est avant tout un produit du dogme de la volonté, dogme qui explique le droit par la subjectivité. Tout le système construit par AUBRY et RAU n'est que le déroulement des conséquences de ce principe : unicité, indivisibilité, nécessité, inaliénabilité.¹⁷⁶⁶ ». À l'heure où le patrimoine faisait l'objet de vives critiques, il importait de comprendre pourquoi aucune théorie, ancienne comme nouvelle, n'était satisfaisante. Inadaptée aux évolutions qu'a connu le droit civil, la notion de patrimoine souffrait des incohérences que les réformes à droit constant lui ont imposé. Paradoxalement son étonnante pertinence dans le contexte actuel invitait à comprendre les fondements de son ancrage, de sa permanence. C'est donc de la notion de patrimoine qu'il fallait partir car il semblait incarner le mieux l'universalité de droit. Ce point de départ s'est imposé car s'il est une chose sur laquelle l'ensemble de la doctrine s'accorde aujourd'hui, c'est bien l'identité, du moins, l'assimilation entre ces deux notions. L'analyse des ressemblances entre le patrimoine d'un côté et les ensembles de biens et de dettes qui peuplent notre droit positif de l'autre nous a ainsi permis de dessiner les contours de l'universalité de droit. Il s'agissait, en d'autres termes de partir de cette assimilation, non pour la contredire, mais pour la dépasser. Le patrimoine est certes une universalité de droit mais toute universalité de droit n'est pas un patrimoine. Celui-ci n'est donc qu'une espèce dont celle-là constitue le genre.

603. Les caractéristiques de l'universalité de droit. – C'est également la confrontation de ces deux notions qui a fait apparaître les caractéristiques de l'universalité de droit et qui a permis d'en proposer une définition plus précise. Elle se présente ainsi comme la masse de biens et de dettes réunis autour d'un intérêt juridiquement reconnu – et donc opposable – dont les éléments se répondent permettant ainsi la mise en œuvre du droit de poursuite des créanciers. Cette définition, applicable au patrimoine, à la fiducie, à l'EIRL mais aussi au navire, au fonds commun de placement, à l'indivision ou à la masse commune des époux, était une étape essentielle à cette étude en ce qu'elle autorise la création, *de lege feranda*, de nouvelles universalités créées au service d'intérêts spécifiques déjà reconnus en

¹⁷⁶⁶ FR. ZÉNATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 861.

droit positif. Ainsi avons-nous pu proposer de créer une universalité de protection aux services des personnes vulnérables.

604. L'universalité de droit et le droit de poursuite des créanciers. – La définition de l'universalité juridique s'accompagnait de l'identification de ses applications en droit positif, ce qui a permis d'en comprendre également le rôle dans l'ordonnement du Droit, la fonction dans le système juridique. C'est à travers l'étude de ses effets et de ses interactions avec le patrimoine légal qu'il a été possible de comprendre la fonction de l'universalité de droit. Se dressant face au patrimoine comme l'assiette concurrente d'un nouveau droit de gage général, l'universalité juridique est finalement une technique aménageant le principe d'égalité des créanciers. Là où les articles 2284 et 2285 visent tous les biens et toutes les dettes du débiteur, l'universalité de droit crée un lien entre certains biens et certaines dettes. La masse universelle constitue l'assiette d'un droit de poursuite spécial au profit d'une nouvelle catégorie de créanciers : diviser l'assiette du droit de gage général, c'est diviser les créanciers. C'est pourquoi certains auteurs voient, dans la multiplication des universalités de droit, la consécration d'un « droit de ne pas payer ses dettes¹⁷⁶⁷ ». Parce qu'elle permet de limiter la responsabilité, l'universalité de droit – notamment celle que la doctrine désigne sous le nom de « patrimoine d'affectation » – constitue un risque et est traitée avec méfiance. Mais la technique ne vise pas à soustraire un bien de la poursuite des créanciers mais à offrir ce bien en garantie d'une autre dette. La création d'un « patrimoine d'affectation » ne menace pas l'exécution des obligations, laquelle n'a jamais été garantie. Le Professeur CAYROL écrit ainsi justement que « de très nombreux jugements ordonnant le versement d'une pension alimentaire, c'est-à-dire par définition une somme d'argent répondant à des besoins élémentaires, restent inexécutés, soit en totalité, soit en partie. Le créancier en souffre et l'institution de la justice y perd son crédit¹⁷⁶⁸ ». C'est qu'en réalité, le Droit ne peut se passer de la contrainte, la justice s'associe à la force qui lui donne son efficacité. L'universalité de droit, technique de gestion patrimoniale, permet donc d'organiser les richesses mais elle ne remet pas en question cette efficacité ; du moins, elle ne l'amoindrit pas. Rien ne s'oppose alors à offrir la possibilité au débiteur d'isoler un de ses intérêts et d'y associer une masse distincte de biens et de dettes.

¹⁷⁶⁷ G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936, Chron. 57.

¹⁷⁶⁸ N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016, n°37, p. 30.

605. L'universalité de droit et le « patrimoine d'affectation ». – L'universalité de droit ne se confond donc pas avec le patrimoine. Ses applications en droit positif ont montré par ailleurs que le patrimoine est la seule universalité dont l'intérêt fédérateur revêt un caractère général et indéterminé. Il n'existe donc d'autre patrimoine que celui que le législateur associe à la naissance d'un sujet de droit. Il n'est finalement qu'un seul patrimoine. Il nous a ainsi été possible d'affirmer que si le patrimoine est unique par sa généralité, par son rattachement au sujet de droit mais également par son caractère indéterminé, parler de patrimoine affecté ou de patrimoine spécifique relève alors de l'oxymore. Ces autres universalités de droit se distinguent du patrimoine précisément en ce qu'elles sont en concurrence avec lui. Elles n'existent que par le conflit qu'elles créent à son égard dans sa fonction de responsabilisation du sujet, dans son rôle d'assiette du droit de poursuite des créanciers. Il a donc fallu en déduire que les « patrimoines affectés » doivent être requalifiés d'universalités spécifiques. Celles-ci appartiennent au même genre que le patrimoine sans être des patrimoines.

606. Les catégories d'universalité. – C'est encore cette confrontation des notions et l'analyse des relations entre universalité de droit et patrimoine qui a révélé une subdivision des universalités juridiques. D'un côté, certains de ces ensembles universels s'opposent au patrimoine en s'en détachant entièrement. Les groupes de créanciers ont alors chacun leur assiette et n'ont donc jamais vocation à être en concours. L'autonomie patrimoniale dont jouissent ces universalités s'explique par la nécessité de dissocier deux intérêts que poursuit une seule et même personne. Il s'agit alors d'universalité parfaite. De l'autre côté, certaines masses universelles bénéficient, vis-à-vis du patrimoine, d'une autonomie qui n'est pas totale. Les créanciers de l'universalité spécifique se voient offrir une assiette exclusive sur les biens de la masse mais ne perdent pas le droit de poursuivre les biens du patrimoine de leur débiteur. À l'inverse, les créanciers personnels, ceux qui ont un droit sur le patrimoine, n'ont pas de droit sur la masse spéciale. Cette asymétrie de l'autonomie patrimoniale des universalités que nous avons qualifiées d'imparfaites s'explique par le caractère commun de l'intérêt qui fédère l'ensemble. En d'autres termes, la conceptualisation de la notion d'universalité de droit est passée par une dissociation des intérêts : lorsque l'intérêt est général, il s'agit d'un patrimoine ; lorsque l'intérêt est spécifique, il s'agit d'une universalité spéciale ; lorsque l'intérêt spécifique est individuel, il s'agit d'une universalité parfaite ; lorsque l'intérêt spécifique est commun, il s'agit d'une universalité imparfaite. Malgré cette subdivision et la multiplicité de ses applications, l'universalité de droit demeure une notion

unique car tous les ensembles universels répondent d'une même logique, d'une même structure et d'une même nature.

607. L'universalité de droit et l'extrapatrimonial. – L'étude de l'universalité de droit dépassait l'analyse des seules relations entre débiteurs et créanciers et nous a permis d'appréhender différemment les liens qu'entretiennent l'homme et le monde extérieur, celui des choses, qu'elles soient matérielles ou non, qu'elles soient appréhendées par le Droit ou non. CARBONNIER enseignait que « le droit du patrimoine [est] l'ensemble que forment le droit des biens et celui des obligations – en contraste avec les matières extrapatrimoniales (personnes, incapacités, famille)¹⁷⁶⁹ ». Mais cette dichotomie, si chère à notre Code, doit accueillir des nuances que l'apparition de nouveaux biens et surtout de nouvelles considérations a imposé à nos catégories juridiques. Le constat d'une convergence entre ces deux sphères, personnelle et réelle, nous a invité à chercher le critère qui partage le patrimonial de l'extrapatrimonial. Il est alors apparu une catégorie de biens, objets de propriété, qui ne rentre pas dans les ensembles universels, qui ne servent pas à la garantie des dettes de leur propriétaire, qui sont *in fine* extrapatrimoniaux. Si la fonction de toutes universalités juridiques est de servir le droit de gage général des créanciers, c'est donc que les biens contenus dans ces universalités doivent pouvoir être saisis par les créanciers. Il doit donc pouvoir exister des biens, objets d'une propriété particulière, qui sont exclus du patrimoine et, plus généralement, de tout ensemble universel.

608. L'extrapatrimonial et la propriété. – Objets insaisissables par nature, les biens extrapatrimoniaux remplissent une fonction différente des autres biens. Le lien qui les unit à la personne, quoique marquant une appartenance, ne peut s'assimiler à une propriété telle que l'entend l'article 544 du Code civil. À défaut de pouvoir y voir une propriété spéciale, il a fallu en déduire qu'il s'agissait d'un autre type de droit. Nous avons donc suggéré, au rebours d'autres auteurs, de recourir à la notion de titularité. C'est d'ailleurs ce terme qui est généralement employé pour désigner le lien entre le patrimoine et la personne propriétaire ou débitrice de son contenu. Cohérent avec sa qualification, avec son rapport vis-à-vis du patrimoine, la titularité des universalités de droit commande l'existence de restrictions quant aux actes de disposition qu'une personne peut accomplir sur son universalité juridique. Parce qu'elle n'existe que par l'intérêt fédérateur et que l'intérêt est nécessairement immanent,

¹⁷⁶⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, t. 2, PUF 2004, n°663, p. 1513.

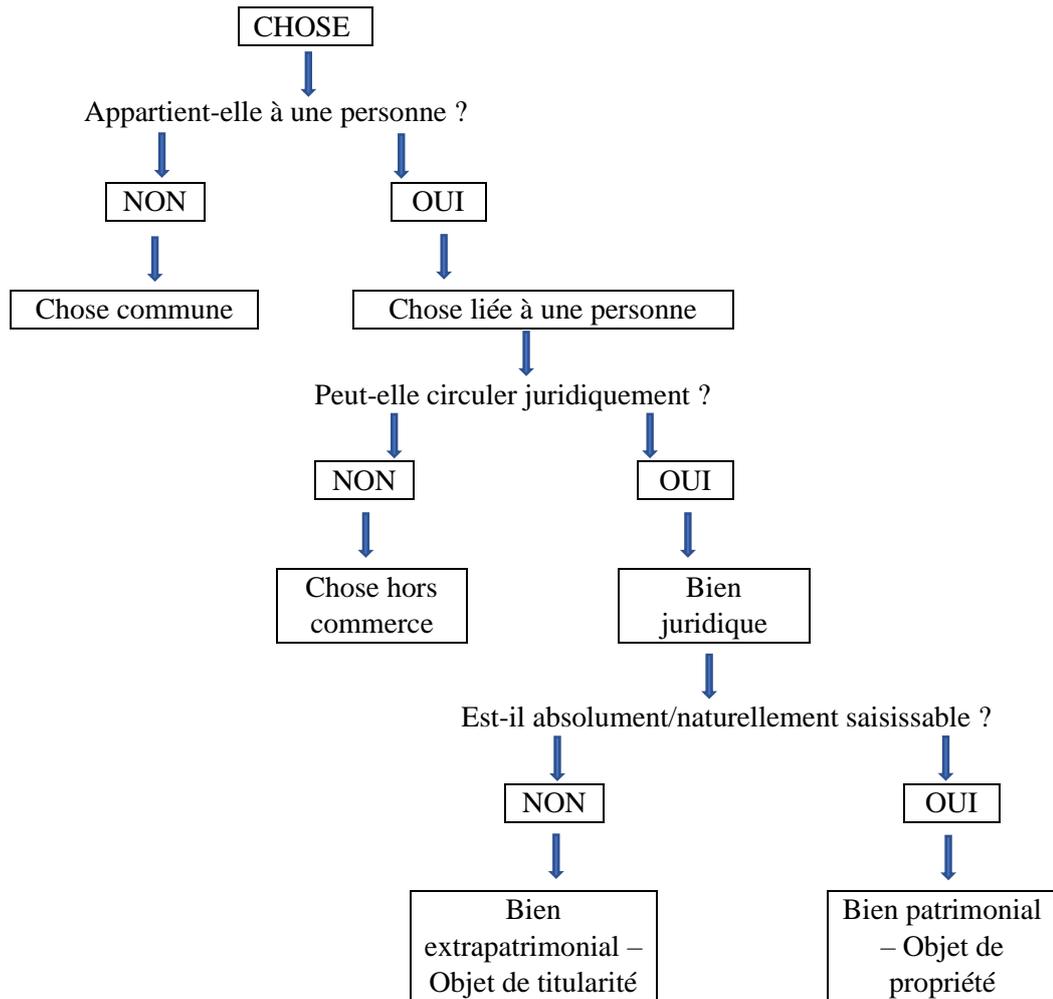
c'est-à-dire strictement personnel, l'universalité de droit ne peut être cédée. Elle ne peut passer d'un titulaire à un autre.

609. Le régime de l'universalité de droit. – Le renouvellement de la notion d'universalité de droit devait s'accompagner de la construction d'un régime correspondant. Il a ainsi été possible de retrouver les deux axes qui ont structuré l'analyse de la notion : objet particulier attaché à la personne par l'intérêt et mis au service des créanciers, l'universalité de droit implique une protection pour les créanciers et une restriction aux pouvoirs du débiteur sur ses biens. Intransmissible en tant qu'enveloppe, elle est créée dans le but de limiter la responsabilité. Mais son contenu peut faire l'objet d'une transmission : la reprise de l'intérêt par un ayant-cause universel justifie ainsi la transmission de l'ensemble de l'actif et du passif. En l'absence de reprise d'un intérêt fédérateur, l'universalité doit être liquidée avant d'être transmise.

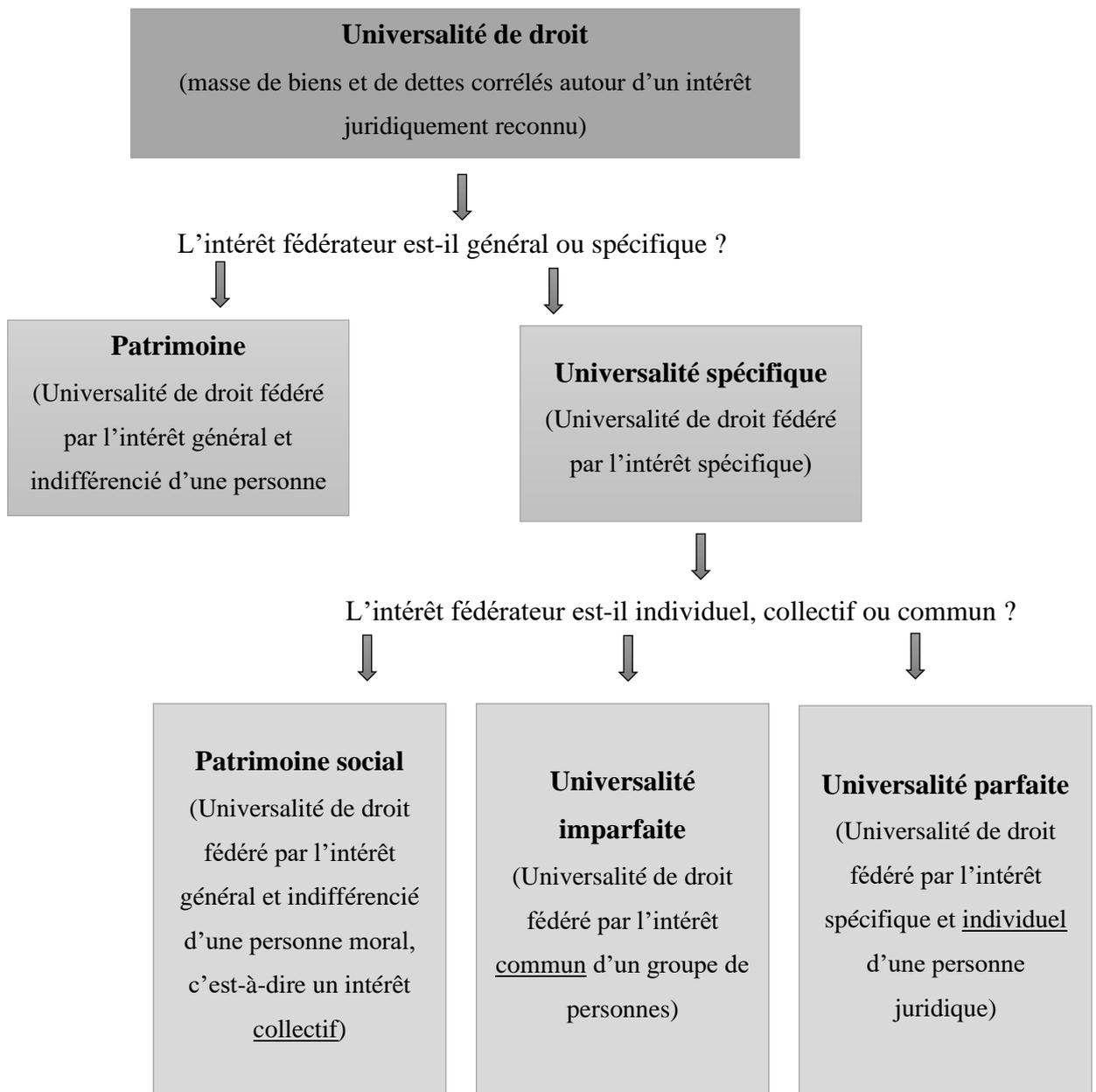
610. L'universalité de droit, une notion à intégrer au droit positif. – Ignorée des textes et pourtant acceptée par la doctrine, l'universalité de droit est une notion qui participe à la cohérence du droit civil. La présente étude visait à contribuer à l'élaboration d'une théorie générale la concernant, à en offrir des pistes de réflexions. L'universalité est, comme le patrimoine, étonnamment contemporaine en ce qu'elle traduit un basculement de la pensée juridique, un renouvellement de la conception que le juriste se fait des rapports qu'entretiennent les hommes avec le monde qui les entoure, avec les objets comme avec les autres sujets. La vision traditionnellement belliqueuse des rapports entre créanciers et débiteurs laisse, depuis quelques vingtaines d'années, place à une nouvelle dynamique, reposant sur la confiance, sur le respect, sur la dignité de l'être. C'est aux besoins de cette nouvelle dynamique que répond l'universalité de droit.

ANNEXES

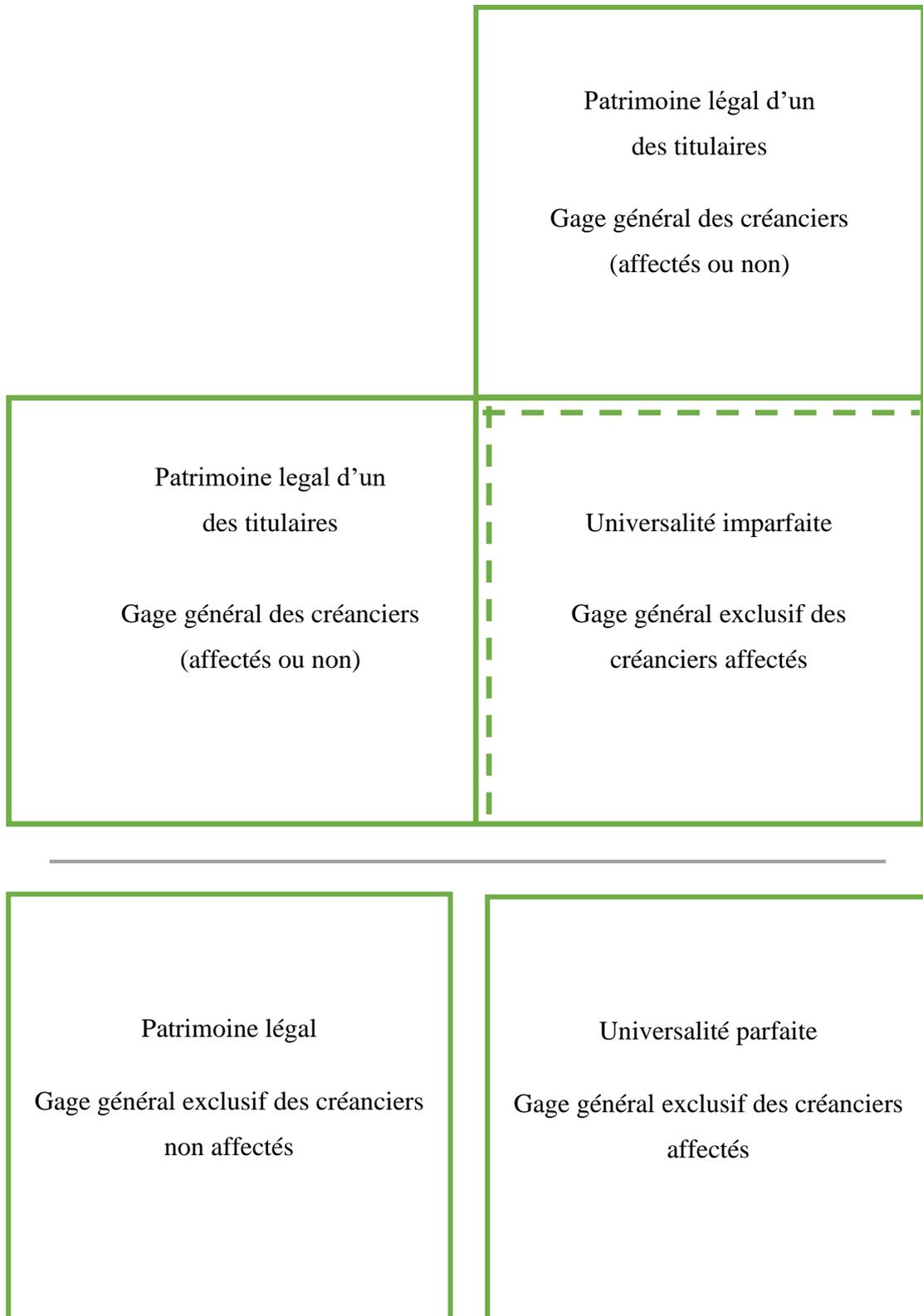
ANNEXE 1 – CLASSIFICATION DES CHOSES



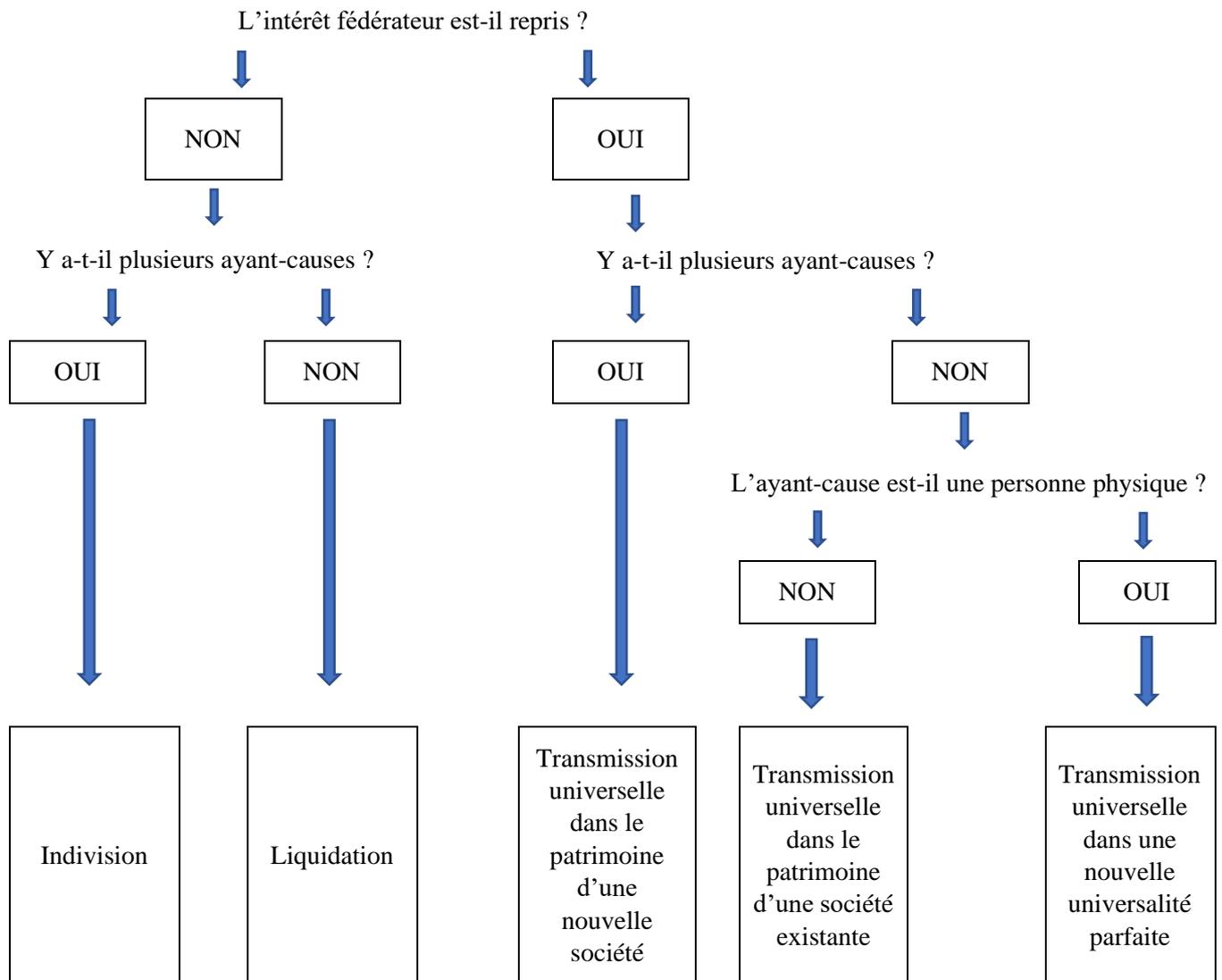
ANNEXE 2 – CLASSIFICATION DES UNIVERSALITES



ANNEXE 3 – RAPPORTS ENTRE UNIVERSALITÉS DE DROIT ET PATRIMOINE



ANNEXE 4 – MODES DE TRANSMISSION DU CONTENU DES UNIVERSALITÉS DE DROIT



PROPOSITIONS

L'objectif de cette étude est de proposer d'insérer la notion d'universalité juridique qui, au delà de sa complexité, doit intégrer le droit positif en raison de ses vertus pédagogiques et structurelles. Celles-ci justifient la place de l'universalité de droit au sein du Code civil pour permettre de guider doctrine, magistrats et législateur dans l'élaboration de normes plus spécifiques et circonstanciées.

PROPOSITIONS AU SEIN DU CODE CIVIL

PROPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE IV DU CODE CIVIL

En raison du lien qu'entretient l'universalité juridique avec le droit de gage général des créanciers et de sa fonction d'aménagement du droit de poursuite de ces derniers, les textes généraux relatifs à l'universalité de droit doivent intégrer le Livre IV du Code civil, relatifs aux sûretés. Au sein de celui-ci sont proposés les aménagements suivants (*en gras et en italique*) :

Ajout d'un Titre préliminaire – Des droits des créanciers

Ce titre comprendrait deux chapitres dont le premier incluerait les articles qui ouvrent actuellement le Livre relatif aux sûretés c'est-à-dire les articles 2284 à 2287, sous réserve des modifications suivantes :

Chapitre I – De l'égalité des créanciers

Modification des articles 2284 et 2285 du Code civil :

- Article 2284 : « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, *sauf pour les biens qui sont affectés à la poursuite d'un intérêt distinct justifiant la création d'une universalité de droit* ».

- Article 2285 : « les biens du débiteur constitue le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence *ou à moins que ces créanciers ne tiennent leur droit de la poursuite d'un intérêt distinct justifiant la création d'une universalité de droit* ».
- Article 2286 : inchangé
- Article 2287 : inchangé

Chapitre II – Des universalités de droit

Ajout des articles 2287-1 et suivants du Code civil :

- *Article 2287-1 : « L'universalité de droit est une masse des biens affectés à la poursuite d'un intérêt spécifique et des dettes nées de la poursuite de ce même intérêt. Elle est parfaite lorsque les biens affectés servent, en principe, de seule garantie aux dettes contenues dans la masse. L'universalité de droit est en revanche imparfaite lorsque les dettes peuvent être garanties par les biens affectés dans la masse mais également par les autres biens du ou des débiteurs.*
Les universalités de droit, qu'elles soient parfaites ou imparfaites, sont, sauf dispositions contraires, soumises aux articles qui suivent. »
- *Article 2287-2 : « Sauf fraude du débiteur ou disposition légale contraire, les créanciers qui tiennent leur droit d'une opération concernant la poursuite d'un intérêt spécifique n'ont pour gage que l'actif contenu dans l'universalité de droit créée pour les besoins de cet intérêt ».*
- *Article 2287-3 : « La création d'une universalité de droit est subordonnée à son enregistrement dans un registre dédié. Cet enregistrement mentionne l'intérêt qui fédère la masse universelle ainsi que les biens affectés à la poursuite de cet intérêt. L'affectation de nouveaux biens meubles en cours de fonctionnement de l'universalité n'est pas soumise à un nouvel enregistrement si le bien est utile à la poursuite de l'intérêt fédérateur.*
L'affectation d'un immeuble en cours de fonctionnement de l'universalité doit être précisée aux registres de la publicité foncière. ».
- *Article 2287-4 : « Le créancier dont les droits sont nés antérieurement à la création d'une universalité de droit peut, dans les six mois qui suivent la publication de l'acte, former opposition dans les conditions de l'action paulienne. Il est néanmoins*

dispensé de prouver la complicité d'un éventuel tiers. Le juge compétent détermine alors le bien-fondé de la demande ; il peut ordonner la constitution d'une sûreté au bénéfice du créancier agissant. »

- **Article 2287-5 :** « *Le titulaire d'une universalité parfaite est tenu d'ouvrir un compte séparé pour les besoins de l'intérêt fédérateur. Il tient une comptabilité séparée et publie annuellement son bilan comptable.*

En cas de non-respect de cette comptabilité, tout créancier peut agir, dans les trois ans qui suivent la création de l'universalité, et si l'assiette de son droit de gage général se trouve insuffisant, aux fins de voir réunis les masses universelles dont le débiteur est titulaire. »

Titre premier – Des sûretés personnelles

- L'article 2287-1 devient l'article 2288
- L'article 2288 devient l'article 2289-1
- L'article 2289 devient l'article 2289-2

Modification des articles relatifs à la fiducie :

- Article 2012 : « La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.
Si les biens, droits ou sûretés transférés dans ***l'universalité*** fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité. »
- Article 2018-1 : « Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans ***l'universalité*** fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire. »
- Article 2021 : « Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention. De même, lorsque ***l'universalité*** fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités. »

- Article 2023 : « Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur *l'universalité* fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs. »
- Article 2024 : « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas *l'universalité* fiduciaire. »
- Article 2025 : « en cas d'insuffisance de *l'universalité* fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire au contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire *Le créancier qui prétend à l'insuffisance de l'universalité fiduciaire doit prouver l'échec des poursuites contre son débiteur* ».
- Article 2026 : « Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet *en dehors de l'exercice de sa mission. Toute faute commise dans le cadre de l'exercice normal de sa mission engage en revanche les biens de l'universalité fiduciaire.* ».
- Article 2027 : « En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et *reprise de l'universalité* fiduciaire en faveur de son remplaçant. »
- Article 2030 : « Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans *l'universalité* fiduciaire font de plein droit retour au constituant.
Lorsqu'il prend fin par le décès du constituant, *l'universalité* fiduciaire fait de plein droit retour à la succession. »

Modification des articles relatifs à l'agent des sûretés :

- Article 2488-6 : « Toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l'obligation garantie.

L'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties.

Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment ***une universalité affectée*** à celle-ci, distinct de son patrimoine propre.

Les qualités requises du bénéficiaire de la sûreté s'apprécient en la personne du créancier de l'obligation garantie. »

- Article 2488-10 : « Les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de leur conservation ou de leur gestion, sous réserve de l'exercice d'un droit de suite et hors les cas de fraude.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire, de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire à l'égard de l'agent des sûretés est sans effet sur ***l'universalité affectée*** à sa mission. »

- Article 2488-11 : « En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement et si l'agent des sûretés manque à ses devoirs, met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire, de rétablissement professionnel, de surendettement ou de résolution bancaire, tout créancier bénéficiaire des sûretés et garanties peut demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés.

Tout remplacement conventionnel ou judiciaire de l'agent des sûretés emporte de plein droit ***reprise de l'universalité affectée*** au nouvel agent des sûretés. »

PROPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE III DU CODE CIVIL

Au-delà de ces définitions, le régime de l'universalité de droit, notamment en ce qui concerne la transmission de son contenu, doit être précisé et doit intégrer logiquement le livre III du Code civil portant sur les différentes manières dont on acquiert la propriété.

Ajout d'un Titre XVIII dans le Livre III du Code civil, intitulé « Titre XVIII - Des transmissions universelles » :

- *Article 2100 : « Les dispositions du présent titre sont applicables à toute universalité de droit. Elles ne font pas obstacle à l'application des règles spécifiques à chaque universalité. Elles ne font pas obstacle à l'application des dispositions du Code de commerce. »*
- *Article 2101 : « La transmission universelle est l'opération par laquelle une personne, titulaire d'une universalité de droit, transmet l'intégralité des biens et des dettes qui y sont contenus à une autre personne, l'ayant-cause universel, qui, reprenant l'intérêt fédérateur, crée une nouvelle universalité destinée à permettre la poursuite de cet intérêt ».*
- *Article 2102 : « En cas de transmission universelle sans reprise de l'intérêt fédérateur, les biens et dettes contenus dans l'universalité intègrent le patrimoine légal de l'ayant-cause universel. »*
- *Article 2103 : « La transmission universelle emporte transmission de tous les biens affectés à la poursuite de l'intérêt déclaré. Sont également transmises toutes les obligations qui pesaient sur le titulaire de l'universalité à l'exception de celles qui résultent d'une faute personnelle ou d'un contrat conclu intuitu personae.
Les biens ou dettes non transmis font retour dans le patrimoine légal du titulaire de l'universalité. »*
- *Article 2104 : « L'acte de transmission universelle comprend un état descriptif des biens et dettes transmis. L'acte est publié au registre visé par l'article 2287-3. ».*
- *Article 2105 : « L'ayant-cause universel est tenu des obligations contenues dans l'universalité, y compris celles qui sont découvertes dans l'année qui suit la transmission universelle, sauf la dissimulation fautive de la part de son auteur. »*
- *Article 2106 : « L'ayant-cause universelle peut agir en inopposabilité de l'acte de disposition réalisé par son auteur dans l'année qui précède la transmission universelle et portant sur un bien contenu dans l'universalité dans les conditions de l'action paulienne. »*

Modification de l'article 815-13 :

- Article 815-13 : « Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte *dans les conditions de l'article 1469. Il en va de même lorsqu'il a réalisé des dépenses nécessaires à la conservation d'un bien indivis, encore que ces dépenses ne les aient point améliorés.* Inversement, l'indivisaire répond des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur des biens indivis par son fait ou par sa faute ».

PROPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE I DU CODE CIVIL

Ajout, dans le Chapitre II du Titre XI du Livre I, de la Section V – De l'universalité de protection. Les sections suivantes étant alors renumérotées : Section VI – Du mandat de protection future ; Section VII – De l'habilitation familiale.

- Article 476-1 : « *Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut, dans les cas prévus par l'article 425, créer, par contrat, une universalité de protection dans laquelle sont transférés les biens et obligations de son choix à charge pour le titulaire de la masse universelle, d'administrer les éléments qui y sont contenu. La personne en curatelle ne peut créer d'universalité de protection qu'avec l'assistance de son curateur.* »
- Article 476-2 : « *Le contrat créant l'universalité de protection est soumis à l'enregistrement sur registre visé à l'article 2287-3.* »
- Article 476-3 : « *Par dérogation aux dispositions de l'article 425, L'universalité de protection n'est destinée qu'à la gestion patrimoniale de la personne protégée et ne peut concerner la protection de la personne. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.* »
- Article 476-4 : « *Le titulaire de l'universalité de protection peut être toute personne physique choisie par la personne protégée ou son représentant légal ou une personne morale inscrite sur la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles.*

Le titulaire doit, pendant toute l'exécution du contrat, jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 et les deux derniers alinéas de l'article 445 du présent code.

Il ne peut, pendant cette exécution, être déchargé de ses fonctions qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. »

➤ *Article 476-5 : « Le contrat d'universalité peut s'ajouter à une mesure de tutelle ou à une mesure de curatelle, lors de sa mise en place ou postérieurement à l'adoption de la mesure. »*

➤ *Article 476-6 : « Le contrat d'universalité prend fin par :*

1° Le rétablissement des facultés personnelles de l'intéressé constaté à la demande du titulaire de l'universalité ou de l'intéressé, dans les formes prévues à l'article 481 ;

2° Le décès de la personne protégée ;

3° Le décès du titulaire, son placement sous une mesure de protection ou sa déconfiture ;

4° Sa révocation prononcée par le juge des tutelles à la demande de tout intéressé, lorsqu'il s'avère que les conditions prévues par l'article 425 ne sont pas réunies, lorsque les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé ou lorsque l'exécution du contrat d'universalité est de nature à porter atteinte aux intérêts de la personne protégée.

PROPOSITIONS AU SEIN DES AUTRES CODES

PROPOSITIONS RELATIVES AU CODE DE COMMERCE

Modification de la Section II, du Chapitre VI, du Livre V :

- **Article L.526-6 :** « Pour l'exercice de son activité en tant qu'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'entrepreneur individuel affecte à son activité professionnelle *une universalité spécifique* séparé de son patrimoine, sans création d'une personne morale, dans les conditions prévues à l'article L. 526-7. *Cette universalité* est composée de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. *Elle* peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle, qu'il décide d'y affecter et qu'il peut ensuite décider de retirer *de la masse universelle*. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que *d'une seule universalité de droit*. Par dérogation à l'alinéa précédent, l'entrepreneur individuel exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime peut ne pas affecter les terres utilisées pour l'exercice de son exploitation à son activité professionnelle. Cette faculté s'applique à la totalité des terres dont l'exploitant est propriétaire.
Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle *l'universalité* est affectée, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales : " EIRL ". »
- **Article L.526-7 :** « La constitution de *l'universalité professionnelle* résulte d'une déclaration effectuée *au registre visé à l'article 2287-3 du Code civil*. »
- **Article L.526-8 :** « I.-Lors de la constitution de *l'universalité professionnelle*, l'entrepreneur individuel mentionne la nature, la qualité, la quantité et la valeur des biens, droits, obligations ou sûretés qu'il affecte à son activité professionnelle sur un état descriptif déposé au registre *visé à l'article L. 526-7* pour y être annexé.

II.-La valeur inscrite est la valeur vénale ou, en l'absence de marché pour le bien considéré, la valeur d'utilité.

Sans préjudice du respect des règles d'affectation prévues à la présente section, l'entrepreneur individuel qui exerçait son activité professionnelle antérieurement à la déclaration mentionnée à l'article L. 526-7 peut présenter en qualité d'état descriptif le bilan de son dernier exercice, à condition que celui-ci soit clos depuis moins de quatre mois à la date de la déclaration. Dans ce cas, l'ensemble des éléments figurant dans le bilan compose l'état descriptif et les opérations intervenues depuis la date du dernier exercice clos sont comprises dans le premier exercice de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Lorsque l'entrepreneur individuel n'a pas opté pour l'assimilation à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou à une exploitation agricole à responsabilité limitée au sens de l'article 1655 sexies du code général des impôts, la valeur des éléments constitutifs de *l'universalité professionnelle* correspond à leur valeur nette comptable telle qu'elle figure dans les comptes du dernier exercice clos à la date de constitution *de l'universalité* s'il est tenu à une comptabilité commerciale, ou à la valeur d'origine de ces éléments telle qu'elle figure au registre des immobilisations du dernier exercice clos, diminuée des amortissements déjà pratiqués, si l'entrepreneur n'est pas tenu à une telle comptabilité. »

- **Article L.526-8-1 :** « Postérieurement à la constitution *de l'universalité professionnelle*, l'inscription ou le retrait en comptabilité d'un bien, droit, obligation ou sûreté emporte affectation à l'activité professionnelle ou retrait *de l'universalité*.

Sont de plein droit affectés, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens affectés ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi des biens affectés.

La comptabilité régulièrement tenue fait preuve à l'égard des tiers sous réserve des formalités prévues aux articles L. 526-9 et L. 526-11 et du respect des règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6. »

- **Article L.526-9 :** « L'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la

situation du bien. L'entrepreneur individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division.

L'établissement de l'acte notarié et l'accomplissement des formalités de publicité donnent lieu au versement d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret.

L'affectation ou le retrait d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien intervenant après la constitution *de l'universalité professionnelle* donne lieu aux formalités prévues au premier alinéa et au dépôt du document attestant de l'accomplissement de ces formalités au registre dont relève l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en application de l'article L. 526-7.

Le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation ou du retrait. »

- **Article L.526-11 :** « Lorsque tout ou partie des biens affectés sont des biens communs ou indivis, l'entrepreneur individuel justifie de l'accord exprès de son conjoint ou de ses coïndivisaires et de leur information préalable sur les droits des créanciers mentionnés au 1° du I de l'article L. 526-12 sur *l'universalité professionnelle*. Un même bien commun ou indivis ou une même partie d'un bien immobilier commun ou indivis ne peut entrer dans la composition que *d'une seule universalité spécifique*.

Lorsque l'affectation ou le retrait d'un bien commun ou indivis est postérieure à la constitution *de l'universalité professionnelle*, il donne lieu au dépôt au registre dont relève l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en application de l'article L. 526-7 du document attestant de l'accomplissement des formalités mentionnées au premier alinéa du présent article.

Le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation. »

- **Article L.526-12 :** « I.-La composition *de l'universalité professionnelle* est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration mentionnée à l'article L. 526-7.

Elle est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans les conditions fixées par voie réglementaire.

Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable dans un délai de trois mois. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties.

Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil :

1° Les créanciers auxquels la déclaration est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle *l'universalité* est affectée ont pour seul gage général *l'universalité professionnelle* ;

2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine *légal*.

Lorsque l'affectation procède d'une inscription en comptabilité en application de l'article L. 526-8-1 du présent code, elle est opposable aux tiers à compter du dépôt du bilan de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou, le cas échéant, du ou des documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-13 auprès du registre où est immatriculé l'entrepreneur.

II.-Lorsque la valeur d'un élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, mentionnée dans l'état descriptif prévu à l'article L. 526-8 ou en comptabilité, est supérieure à sa valeur réelle au moment de son affectation, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur son patrimoine *et sur son universalité professionnelle*, à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien au moment de l'affectation et la valeur mentionnée dans l'état descriptif ou en comptabilité.

Il est également responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux obligations prévues à l'article L. 526-13.

En cas d'insuffisance *de l'universalité*, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2° du I du présent article peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos.

III.-L'entrepreneur individuel est tenu sur son universalité professionnelle des fautes qu'il commet dans l'exercice normal de son activité. À défaut du rattachement de la faute ainsi commise à l'activité, il est tenu sur son patrimoine légal. »

- **Article L.526-13** : « L'activité professionnelle à laquelle *l'universalité* est affectée fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27.

Par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, l'activité professionnelle des personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, 64 bis et 102 ter du code général des impôts fait l'objet d'obligations comptables simplifiées.

L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle *l'universalité* a été affectée. »

- Article L.526-14 : inchangé

- **Article L.526-15** : « *L'affectation cesse de produire ses effets lorsque l'entrepreneur individuel renonce à celle-ci ou lorsqu'il décède.*

Toutefois, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle *l'universalité* est affectée ou en cas de décès, les créanciers mentionnés à l'article L.526-12 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès.

En cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre visé à l'article 2287-3 du Code civil. En cas de décès, un héritier, un ayant-droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre ».

- **Article L.526-16** : « Par dérogation à l'article L. 526-15, l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle *l'universalité* était affectée. La personne ayant manifesté son intention de poursuivre l'activité professionnelle en fait porter la mention au registre *visé à l'article 2287-3 du Code civil* dans un délai de trois mois à compter de la date du décès.

La reprise du patrimoine affecté, le cas échéant après partage et vente de certains des biens affectés pour les besoins de la succession, est subordonnée au dépôt d'une déclaration de reprise au *même* registre. »

- **Article L.526-17** : « *I.- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut transmettre entre vifs, à titre onéreux ou gratuit, ou apporter en société l'intégralité du contenu de son universalité sans procéder à sa liquidation.*

L'opération est alors soumise aux règles de droit commun des transmissions universelles (art. 2100 et s. nouveaux du Code civil) sous réserve des II et III du présent article.

II.- Par dérogation à l'article 2102 du Code civil, la transmission universelle, à titre onéreux ou gratuit, de l'universalité professionnelle au profit d'une personne morale n'entraîne pas la reprise de l'intérêt fédérateur. Elle donne lieu à publication d'un avis et n'est opposable aux tiers qu'à compter de cette formalité.

III.- Tout créancier intéressé par la transmission universelle peut former opposition dans un délai de trois mois à compter de l'opération. Le juge rejette l'opposition ou ordonne le remboursement des créances ou la constitution de garanties.

L'opposition par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la transmission universelle. »

- *Article L.526-18 : « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine **légal**. ».*

PROPOSITIONS RELATIVES AU CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Modification du Sous-paragraphe relatif aux Dispositions particulières aux fonds communs de titrisation :

- Article L.214-180 : « Le fonds commun de titrisation est un organisme de titrisation constitué sous la forme **d'une universalité de droit parfaite**.

Le fonds n'a pas la personnalité morale. Ne s'appliquent pas aux fonds communs de titrisation les dispositions du code civil relatives à l'indivision ni celles des articles 1871 à 1873 du même code relatives aux sociétés en participation. **Les articles 2287-1 et suivants du Code civil sont applicables sauf dispositions contraires de la présente section.**

Le montant minimal d'une part émise par un fonds commun de titrisation est défini par décret.

Pour toutes les opérations faites **dans l'intérêt du fonds**, la désignation du fonds ou, le cas échéant, d'un compartiment du fonds peut être valablement substituée à celle des **porteurs de part**. »

- Article L.214-183 : « I. – La société de gestion du fonds commun de titrisation représente *l'intérêt qui fédère le* fonds à l'égard des tiers et dans toute action en justice.

Lorsque le règlement du fonds de titrisation prévoit le recours à des instruments financiers à terme en vue d'exposer le fonds, ou la cession de créances non échues ou déchues de leur terme, la société de gestion mentionnée au premier alinéa soumet à l'approbation de l'Autorité des marchés financiers un programme d'activité spécifique dans des conditions prévues par le règlement général de cette autorité. Toutefois, dans les cas définis par décret en Conseil d'Etat cette approbation n'est pas requise pour certaines cessions de créances non échues ou déchues de leur terme. »

PROPOSITIONS RELATIVES AU CODE DES PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION

Modification du Chapitre 1^{er}, Titre I, Livre I :

- Article L.111-2 : « Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens *patrimoniaux* de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution.

Le titre exécutoire doit faire mention de l'universalité dont le débiteur est titulaire et sur laquelle le créancier peut obtenir paiement de sa créance. »

- Article L.111-10 : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 311-4, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire.

L'exécution est poursuivie aux risques du créancier. Celui-ci rétablit le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent si le titre est ultérieurement modifié. »

Modification du Chapitre 2, Titre I, Livre I :

- Article L.112-1 : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens *patrimoniaux* appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers.

Elles peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive. Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant. »

➤ Article L.112-2 : « Ne peuvent être saisis :

1° Les biens que la loi déclare insaisissables ;

2° Les biens que la loi rend incessibles à moins qu'il n'en soit disposé autrement ;

3° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ;

4° Les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, sauf autorisation du juge, et, pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ;

5° Les biens mobiliers *du débiteur bénéficiant d'une immunité temporaire d'exécution telle que prévue par l'article L.112-5* ;

5° Les biens mobiliers qui constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ;

6° Les biens mobiliers *nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille* lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de prestations d'aide sociale à l'enfance prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-7 du code de l'action sociale et des familles ;

7° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades. »

Ajout d'un nouvel article au sein du chapitre

➤ **Article L.112-5 : « *L'immunité temporaire d'exécution est accordée par le juge dans le cas où le débiteur n'a en sa possession que des biens mobiliers nécessaires à son travail et à sa vie, ainsi qu'à celle de sa famille.***

Cette immunité tombe dès lors que ces biens se trouvent dans un autre lieu que celui où le saisi demeure ou travail habituellement, s'ils sont des biens de valeur ou s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité. »

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX – OUVRAGES COLLECTIFS

- H. AHRENS**, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, t. II, 6^e éd. LEIPZIG & F.A. BROCKHAUS 1868
- CH. ATIAS**, *Droit civil – Les biens*, Litec 2007
- J.L. AUBERT**, *Introduction au droit*, éd. Armand Colin 2010
- CH. AUBRY & CH. RAU**, *Cours de Droit civil français*, 3^e éd., t. IV
- L. AYNÈS & P. CROCQ**, *Droit des sûretés*, LGDJ-Lextenso 2016
- BARTOLE**, D. 56, 6, 1
- G. BAUDRY-LACANTINERIE**, *Précis de droit civil*, t. II, éd. L. LAROSE & FORCEL 1892
- G. BAUDRY-LACANTINERIE & M. CHAUCHEAU**, *Traité théorique et pratique de droit civil – Les biens*, t. VI, Sirey 1899
- G. BAUDRY-LACANTINERIE & L. BARDE**, *Traité théorique et pratique de droit civil – Les obligations*, t. III, Sirey 1908
- B. BEIGNIER**, *Libéralités et successions*, LGDJ-Lextenso 2016
- B. BEIGNIER & C. BLERY**, *Cours d'introduction au droit*, Montchrestien 2008
- B. BEIGNIER & J.-R. BINET**, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ 2017
- B. BEIGNIER & S. TORRICELLI-CHRIFI**, *Libéralités et successions*, LGDJ-Lextenso, 2019
- A. BÉNABENT**, *Droit civil – Les obligations*, Montchrestien 2010
- J.L. BERGEL**, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012
- J.L. BERGEL**, *Méthodologie juridique*, PUF 2016
- J.L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI**, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ 2010
- CH. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français*, 1948
- R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE & P. VOIRIN**, *Cours de droit civil français – Les sûretés personnelles et réelles*, t. XIV, éd. Arthur Rousseau, 1948
- R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, *Cours de droit civil français - Les biens*, par P. VOIRIN, t. IV, éd. ARTHUR ROUSSEAU 1938
- J.B. BLAISE**, *Droit des affaires*, LGDJ-Lextenso, 2009, n°443, p. 255.
- J. BONNECASE**, *Traité de droit commercial maritime*, Sirey 1923

J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, 1929, t. IV

L. BOYER & H. ROLAND, *Introduction au droit*, LexisNexis 2003

M. BOURASSIN, V. BRÉMOND & M.N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, Sirey 2016

CL. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2015

PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis 2016

R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso 2017

M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC & PH. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis-Litec 2010

M.T. CALAIS-AULOY, « Compte courant », in *JCI Banque*, Fasc. 210

J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens, les obligations*, PUF 2004

J. CARBONNIER, *Droit civil – Les Obligations*, t. IV, PUF 2000

J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, PUF 2004

J. CARBONNIER, *Droit civil – Les biens*, PUF 2004

N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ-Lextenso 2016

G. CHANTEPIE & M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz 2016

A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey 1948

A. COLIN & H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, Dalloz 1959

F. COLLARD & J. LAFOND, dir. CL. BRENNER, *L'indivision*, coll. Droit & Professionnels, LexisNexis 2017

A. COLOMER, *Droit civil – Régimes matrimoniaux*, LexisNexis 2004

G. CORNU, *Les personnes*, Montchrestien 2015

G. CORNU, *Droit civil – Introduction : les personnes, les biens*, Montchrestien, 2005

G. CORNU, *Les biens*, Montchrestien 2007

M. COZIAN, A. VIANDIER & F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis 2016

J. DABIN, *Théorie générale du Droit*, Dalloz 1969,

I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, LGDJ-Lextenso 2015

R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, éd. La mémoire du droit 2001

CH. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. I, Paris 1861

CH. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes ou services fonciers*, éd. A. Durand & L. Hachette 1863

CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 3^e éd., Paris A. Durand & L. Hachette, 1866

H. DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité de droit civil*, Tome IX, Partie III et Partie IV

H. DE PAGE & R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge – Les principaux contrats usuels et les biens*, t. 4, éd ; Bruylant 1975

O. DESHAYES, Y.M. LAITHIER & TH. GÉNICON, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, LexisNexis 2016

W. DROSS, *Les Choses*, LGDJ 2012

E. DUBUISSON, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec Carré Droit 2010

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, éd. BOCCARD 1927

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, PUF 2007

J. FLOUR, *Le passif successoral*, éd. Paris – Cours de droit, 1956-1957

J. FLOUR & G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz 2001

J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les successions*, éd. A. COLLIN, 1991

J. FLOUR, J.L. AUBERT & É. SAVAUX, *Droit civil – Le rapport d'obligation*, 2007, A. Colin

J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil – Les obligations – Régime général*, Economica 2017

FR. GAUDU & R. VATINET, *Traité des contrats – Les contrats de travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ 2001

PH. GÉRARD, F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de J. BENTHAM*, Bruxelles FUSL 1987

J. GHESTIN, J.L. BERGEL, M. BRUSCHI & S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil – Les biens*, LGDJ 2010

J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005

J. GHESTIN, CH. JAMIN & M. BILIAU, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, LGDJ 2001

J. GHESTIN & G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ 1982

P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réed. J.P. LÉVY, Dalloz 2003

C. GIRARD & S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF, 2005

G. GOUBEAUX et P. VOIRIN, *Droit civil – Introduction au droit*, LGDJ-Lextenso 2013

G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Les personnes*, LGDJ 1989

C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ 2016

M. GRIMALDI, *Droit civil – Les successions*, Litec 2017

M. GRIMALDI, *Dalloz Action – Droit patrimonial de la famille*, Dalloz pratique 2018-2019

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C.S. DELICOSTOPOULOS & alii, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Précis Dalloz 2017

J.L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF 1996

H. HULOT & J.F. BERTHELOT, *Traduction française du Digeste*, Metz 1804, t. 2

A. JACQUEMONT, R. VABRES & TH. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficultés*, LexisNexis 2017

A. JAUFFRET & J. MESTRE, *Droit commercial*, LGDJ 1998

M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, éd. Montchrestien 1994

M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit Commercial, Entreprises en difficultés*, Précis Dalloz 2007

PH. JESTAZ & CH. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz 2004

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey 1932

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Sirey 1938

CH. JUBAULT, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, Montchrestien Lextenso, 2010

CH. LARROUMET, *Droit civil – Les biens et droit réels principaux*, t. II, Economica 2006

F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. X, 3^e éd., Bruylant 1878

A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution – Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz 2014

P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ-Lextenso 2015

P. LE CANNU et alii, *Entreprises en difficulté, prévention, redressement et liquidation judiciaires*, éd. GLN Joly, 1994

P.M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 3e éd., 2006-2007

A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996

A.M. LEROYER, *Droit des successions*, Dalloz 2014

J.PH. LÉVY & A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz 2002

F.X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, PUF 2016

V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz 2019, n°231, p. 146

PH. MALAURIE, *Droit des personnes*, LGDJ-Lextenso 2016, coll. Droit civil

PH. MALAURIE & H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ-Lextenso 2016

PH. MALAURIE & L. AYNES, *Les biens*, LGDJ-Lextenso 2016

PH. MALAURIE & CL. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, LGDJ-Lextenso, 2018

PH. MALAURIE & L. AYNÈS, *Régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso 2013

PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ 2013

PH. MALAURIE, L. AYNÈS & PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ-Lextenso 2018

PH. MALAURIE, L. AYNÈS & N. PETERKA, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ-Lextenso, 2019

PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET & M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis 2014

A. MARAIS, *Droits des personnes*, Dalloz 2014

G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions – Les libéralités*, Sirey 1983

G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey 1972

G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Les biens*, Sirey 1980

G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, Sirey 1976

G. MARTY & P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations – Les sources*, Sirey, 1988

M.L. MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil – Les biens*, Sirey 2010

H., L. & J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil - Régimes matrimoniaux*, Montchrestien 1982

H., L., J. MAZEAUD & FR. CHABAS, *Leçons de droit civil – Les personnes*, Montchrestien 1998

H., L., J. MAZEAUD & FR. CHABAS, *Les Obligations – Théorie générale*, Montchrestien 1998

H., L., J. MAZEAUD & FR. CHABAS, *Leçons de droit civil – Successions*, Montchrestien 1999

PH. MERLE & A. FAUCHON, *Droit commercial – Sociétés commerciales*, Précis Dalloz 2017

J. MESTRE, E. PUTMAN & M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996

M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Montchrestien 2010

MÜLHENBRUCH, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1834, t. XVII

PH. NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, Dalloz 2010

P. OURLIAC & J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 2, *Les biens*, PUF 1961

FR. OST, *Droit et intérêt – Entre droit et non-droit : l'intérêt – Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, dir. PH. GÉRARD, FR. OST & M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles 1990, vol. 2

B. PASCAL, *Les Pensées*, t. I, éd. Renouard Paris 1670.

J. PATARIN & G. MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, 4e éd., 1977, Defrénois

A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF 1989

M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, LGDJ 1926

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil*, t. VII, LGDJ 1954

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, LGDJ 1952

M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, LGDJ 1955

M. PEDAMON & H. KENFACK, *Droit commercial*, Précis Dalloz 2015

C. PERES & CH. VERNIERES, *Droit des successions*, PUF 2018

E. PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*, libr. Arthur Rousseau, 1925

F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ 2014

R. PERROT & PH. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2013

S. PIEDELIÈVRE, *Droit de l'exécution*, PUF Thémis, 2009

J. PIEDELIÈVRE & S. PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière*, Lextenso-Defrénois 2014

M. PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, 1900

J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801

R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris 1772

J.G. RENAULD, *Les régimes matrimoniaux – Travaux de la deuxième Journée d'études juridiques Jean DABIN*, éd. Bruylant 1966

M. REMOND-GUILLOUD, *Droit maritime*, Pedone 2^e éd. 1993, n°255, p. 258.

G. RIPERT & J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 1946, t. III

J. RIVEIRO & H. MOUTOUH, *Libertés publiques – Théorie générale*, PUF 2003

J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013

E. ROGUIN, *La science juridique pure*, LGDJ – Lausanne 1989, t. II

C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ-Lextenso, coll. Domat 2014

R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, éd. Mémoire du Droit, 1925

F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, éd. Panthéon-Assas 2002

A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF 2006

PH. SIMLER & PH. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés et la publicité foncière*, Précis Dalloz 2014

B. STARCK, *Droit civil – Introduction*, Paris Librairie technique 1976

Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF 2006, n°125, p. 188 ;

FR. TERRÉ & D. FENOUILLET, *Les personnes*, Précis Dalloz 2012

FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz 2014

FR. TERRÉ & PH. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz 2014

FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE & S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz 2013

- FR. TERRÉ, CH. GOLDIE-GÉNICON & D. FENOUILLET**, *Droit civil – La famille*, Précis Dalloz 2018
- B. TEYSSIÉ**, *Droit civil – Les personnes*, Litec 2001
- PH. THÉRY**, *Les sûretés*, PUF 1998
- A.F.J. THIBAUT**, *System der Pandecten Rechts*, 1818
- R.T. TROPLONG**, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, éd. Paris Hingray 1857, vol. 2
- ULPIEN**, 18 ad.ed., D. 13, 6, comm. vel contra, 5, 15
- M. VILLEY**, *Philosophie du Droit*, Dalloz 2001
- G. VINEY, P. JOURDAIN & S. CARVAL**, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité civile*, t. I, LGDJ 2013
- P. VOIRIN & G. GOUBEAUX**, *Droit civil*, t. I, LGDJ 2011
- P. VOIRIN**, in **CH. BEUDANT & P. LEREBOURS-PIGEONNIERE**, *Cours de droit civil français*, t. 4, *Les biens*, 2e éd., 1938
- FR. ZÉNATI et TH. REVET**, *Les biens*, PUF 2008
- FR. ZÉNATI & TH. REVET**, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, PUF 2013
- FR. ZÉNATI & TH. REVET**, *Manuel de droit des personnes*, PUF 2006

MONOGRAPHIES & THESES

- H. ABERKANE**, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français – Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*, LGDJ 1957
- R. ANDORNO**, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ 1996
- J.J. ANSAULT**, *Le cautionnement réel*, th. Paris II, 2006
- ARISTOTE**, *Politique*, éd. Vrin 1995, Livre I
- M.C. AUBRY**, *Le patrimoine d'affectation*, th. Paris XIII, 2010
- J. AUDIER**, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. Aix-en-Provence, 1979
- N.H. AYMERIC**, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, Th. Paris II, 2003
- L. AYNÈS**, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Economica* 1984

A.S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations – Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés*, th. Paris I, 2000

FR. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Broché 2004

N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé – Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004

D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey 1929

C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, LGDJ 2010

J.S. BERGE, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur : essai d'une analyse conflictuelle*, LGDJ 1996

P. BERLIOZ, *La notion de bien*, LGDJ 2007

G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ 1999

R. BOFFA, *La destination de la chose*, éd. Defrénois 2008

C. BOURDAIRE-MIGNOT, *Le contractant marié*, Defrénois 2009

CL. BRENNER, *L'acte conservatoire*, LGDJ 1999

R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif*, LGDJ 1990

H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz 1923

J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux 1933

J. CARBONNIER, *Essai sur les Lois*, LGDJ 2013

J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ-Lextenso 2014

S. CARFANTAN, *Tours et détours sur autrui – Philosophie et spiritualité*, Broché 2014

P. CATALAN, *De la condition juridique des fonds de commerce*, th. Montpellier 1899

P. CAZELLES, *De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmission universelle*, th. Paris, 1905

N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica 2001

A. CERBAN, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage de choses incorporelles*, th. Paris 1897

B. CHAFFOIS, *La plus-value : étude juridique*, th. Paris 1, 2018.

M.A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ 2006

L. CHATAIN-AUTAJON, *La notion de fonds en droit privé*, Litec 2006

CH. CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, th. Paris 1 2008

PH. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété – Le transfert volontaire des biens*, LGDJ 2013

- P. CHAUX**, *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, th. Paris 1969
- FR. CHÉNEDÉ**, *Les commutations en droit privé – Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica 2008
- S. CIMAMONTI**, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, th. Aix-Marseille 1990
- FR. COHET-CORDEY**, *Patrimoine et entreprise*, th. Grenoble 1993
- F.K. COMPARATO**, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz 1964
- M. CONTAMINE-RAYNAUD**, *L'intuitu personae dans les contrats*, th. Paris II 1974
- M.L. COQUELET**, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris X, 1994
- P. COULOMBEL**, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*, Langres 1950
- J. DABIN**, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952
- FR. DANOS**, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007
- A. DECOCQ**, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ 1960
- G. DELEUZE & F. GUATTARI**, *L'anti-Œdipe, capitalisme et schizophrénie*, Paris, éd. De minuit, 1968
- A. DENIZOT**, *L'universalité de fait*, éd. Varenne 2013
- FR. DELHAY**, *La nature juridique de l'indivision*, LGDJ 1968
- J. DERRUPÉ**, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, LGDJ 1952
- O. DESHAYES**, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant-cause à titre particulier*, LGDJ 2004
- M. DESPAX**, *L'entreprise et le droit*, LGDJ 1957
- L. DEYMÈS**, *L'évolution de la nature juridique de la contrainte par corps*, th. Toulouse 1942
- X. DIJON**, *Le sujet de droit en son corps – Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur-Bruxelles 1982
- B. DONDERO**, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM 2006
- T. DOUVILLE**, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, th. Caen 2013
- PH. DUBOIS**, *Le physique de la personne*, Economica, 1986
- M. DUCHON**, *De l'idée de représentation dans la solidarité*, th. Paris 1907
- J. DUCLOS**, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984
- M. DUGUÉ**, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, LGDJ 2018

PH. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, LGDJ 1992

Y. EMERICH, *La propriété des créances – Approche comparative*, LGDJ 2007

N. EZRAN-CHARRIERE, *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union Européenne*, LGDJ 2002

N. FADEL-RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ 1991

P.A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, éd. Videcoq 1836, t. XI

S.M. FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine – Essai d'un renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, éd. IRJS 2018

D. FIORINA, *Obligation aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse I, 1984.

G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz 2012

C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace*, th. Paris 1, 2017

F. FRESNEL, *La fiducie comme technique de protection des majeurs en difficulté*, th. Paris II 1995

B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II dactyl., 1998

B. FRYDMAN, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles éd. Story-Scientia 1999

F. GASNIER, *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Defrénois 2013

J.P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ 1977

R. GARY, *Les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait*, Sirey 1932

E. GAUDEMET, *Le transport des dettes à titre particulier*, rééd. Panthéon Assas 2014

H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, th. Dijon, 1903

F. GENY, *Science et technique juridique en droit privé positif*, Sirey 1922

J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006

CH. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, Economica 2016

J. VAN GINDERACHTER, *De la nature du fonds de commerce et des conséquences qui en découlent sous l'empire des principes généraux et des lois spéciales*, Polydore Pee 1938

S. GINOSSAR, *Le fonds de commerce et son passif propre*, LGDJ 1938

L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica 1999

E. GOMBEAUX, *La notion juridique de fonds de commerce*, th. Caen 1901

G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969

G. GOUBEAUX, *Essai sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit français*, th. Nancy 1910

M. A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ 1975

- S. GUINCHARD**, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ 1976
- A.C. VAN GYSEL**, *Les Masses de liquidation en droit privé*, éd. Bruylant 1994
- R. HADJER**, *L'aménagement de l'unité du patrimoine : proposition d'un statut de l'entrepreneur individuel*, th. Lyon III, 2010
- J. HAUSER**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ 1971
- G.W.F. HEGEL**, *Les principes de la philosophie du droit*, Flammarion 1999
- D. HIEZ**, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, 2003
- E. HUBER**, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse*, éd. Berne 1902
- M. HULOT & M. BERTHELOT**, *Les cinquante livres du Digestes ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, éd. Rondonneau 1803
- H. HUMBERT**, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, th. Paris, 1940
- ED. HUSSERL**, *Méditations cartésiennes*, Vrin 2000
- O. IONESCU**, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant 1978
- O. JALLU**, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, th. Paris, 1902
- R. JAPIOT**, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, éd. Arthur Rousseau 1909
- E. JEULAND**, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ 1999
- I. JEULIN**, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, LGDJ 2007
- R. VON JHERING**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, éd. Paris Maresq Ainé 1888
- R. VON JHERING**, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris 1886-1888
- R. VON JHERING**, *L'Évolution du droit*, Paris 1901
- M. DE JUGLART**, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, th. Bordeaux 1937
- N. JULIAN**, *La cession de patrimoine*, Dalloz 2019
- M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Economica 2012
- E. KANT**, *Métaphysique des mœurs*, Flammarion 1994, trad. RENAUT
- E. KANT**, *De la forme et des principes du monde sensible et du monde intelligible* (également appelé *Dissertation de 1770*), éd. Académie de Berlin 1770, t. II
- G. KOSTIC**, *L'intuitu personae dans les contrats en droit privé*, th. Paris V 1997
- C. KUHN**, *Le patrimoine fiduciaire – Contribution à l'étude de l'universalité*, th. Paris I, 2003

- E. LAMBERT**, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Dalloz 2005 (rééd.).
- CH. LAPP**, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse, Strasbourg, 1950
- CH. LARROUMET**, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. Bordeaux 1968
- V. LASSÈRE**, *La doctrine du patrimoine de ZACHARIAE*, Mémoire de DEA, Paris II, éd. Cujas 1995
- R. LAUBA**, *Le contentieux de l'exécution*, LexisNexis 2014
- J. LAURENT**, *La propriété des droits*, LGDJ 2012
- M. LAURIOL**, *La subrogation réelle*, th. Sirey 1954
- H. LÉCUYER**, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. Paris II, 1993
- A. LEFEBVRE-TEILLARD**, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF 1996
- P. LE FLOCH**, *Le fonds de commerce – Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ 1986
- D. LEGEAIS**, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica 1986
- E. LÉVY**, *Les fondements du droit*, Libr. Félix ALCAN, 1933
- E. LÉVY**, *Preuve par titre du droit de propriété*, th. Paris 1896
- K. LEE**, *The legal-rational state. A comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Aldershot e.a., Avebury, 1990
- R. LIBCHABER**, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ 1992
- F. LINDITCH**, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ 1997
- C. LISANTI-KALCZYNSKI**, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Litec 2001
- G. LOISEAU**, *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ 1997
- F.X. LUCAS**, *Le transfert temporaire de valeurs mobilières : pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ 1997
- M. MALAURIE**, *Les restitutions en valeur*, th. Cujas 1991
- C. MANGEMATIN**, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz 2014
- P.G. MARLY**, *Fongibilité et volonté individuelle – Étude sur la qualification des biens juridiques*, LGDJ-Montchrestien 2004
- L. MARINO**, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF 2013

- L. MASSE**, *Caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, th. Paris 1902
- F. MASSON**, *La propriété commune*, th. Paris I 2018
- N. MATHEY**, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse Paris II, 2001
- B. MAURER**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Documentation française, 1999
- J.P. MARGUENAUD**, *L'animal en droit privé*, PUF 1992
- M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie en droit privé*, LGDJ, 2004
- V. MERCIER**, *L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens*, PUAM 2005
- P. MICHAUD-QUANTIN**, *Universitas – Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Âge latin*, Paris Vrin 1970
- L. MICHON**, *Des obligations propter rem en droit civil*, th. Nancy 1891
- L. MICHOU**, *La théorie de la personnalité morale et son application droit français*, LGDJ 1924
- G. MIRKOVITCH**, *Navire et patrimoine maritime*, th. Bordeaux 1932
- MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, 1748 Flammarion 2008, coll. GF
- I. MOINE**, *Les choses hors commerce – Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ 1997
- E. MOUY**, *Contribution à l'étude de la notion de l'indivision*, th. Lille, 1920
- A. NALLET**, *La notion d'universalité – Etude de droit civil*, th. Lyon III, 2019
- M. NÉVOT**, *La notion d'opération de partage*, th. Paris II, 1979
- R. NERSON**, *Les droits extrapatrimoniaux*, th. Lyon 1939
- FR. NIETZSCHE**, *Généalogie de la morale*, trad. I. HILDENDRAND et J. GRATIEN, éd. Gallimard, coll. Folio-Essais, 1971
- J.CH. PAGNUCCO**, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, éd. Varenne-LGDJ 2006
- A. PAPP**, *La nature juridique du fonds de commerce d'après les lois et la jurisprudence récente*, th. Paris 1935
- FR. PAUL**, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ 2002
- R. PERCEROU**, *La personne morale de droit privé – Patrimoine d'affectation*, th. dactyl. 1981

- M. PICHARD**, *Le Droit à – Étude de législation française*, Economica 2006
- P. PICHONNAZ**, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ 2008
- A. PINO**, *Il patrimonio separato*, th. Padoue, Italie, 1950
- G. PLASTARA**, *La notion juridique de patrimoine*, éd. A. Rousseau, 1903
- E. A. POPA**, *Les notions de debitum (shuld) et obligatio (haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris, 1935
- R. POUND**, *The spirit of the Common Law*, éd. MARSHALL JONES CO. 1921
- R. RAFFRAY**, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Dalloz 2011
- TH. RAFFRAY**, *Les substitution de contractants au cours de l'exécution du contrat*, th. Montpellier 1977
- M. RAÏMON**, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé*, LGDJ 2002
- TH. RAMBAUD**, *Introduction au droit comparé*, PUF 2014
- V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ 1985
- P. RAYNAUD**, *La nature juridique de la dot : essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Sirey, 1934
- TH. REVET**, *La force de travail – Etude juridique*, Litec 1992
- L. RIGAUD**, *Le droit réel, histoire et théories*, th. Toulouse 1912
- G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949
- G. RIPERT**, *De l'exercice de la propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, th. Aix 1905
- J. ROCHFELD**, *Cause et type de contrat*, LGDJ 1999
- B. ROMAN**, *Essai sur l'insaisissabilité – Contribution à l'étude des biens*, th. Paris 1 2008
- P. ROUBIER**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz réédition, 2005
- J.J. ROUSSEAU**, *Du contrat social*, II, éd. Pléiades 1964, t. III
- J.J. ROUSSEAU**, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, éd. Flammarion 2011, coll. GF
- R. SALEILLES**, *De la personnalité juridique*, éd. La mémoire du droit 2003
- R. SAVATIER**, *La théorie des obligations, vision juridique et économique*, Dalloz, 2e éd., 1969
- R. SAVATIER**, *La communauté conjugale nouvelle en droit français – Analyse juridique et économique*, Dalloz 1970
- F.C. VON SAVIGNY**, *System des heutigen Romischen Rechts*, Berlin 1840, t. 1
- E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ 1997,

J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM 2002

M. SEJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement ?*, LGDJ 2011

J.-P. SÉNÉCHAL, *Indivision et redressement judiciaire*, Defrénois 1992

V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant 1995

W. SHAKESPEARE, *Le Marchand de Venise*, éd. Poche 2008

P.C. SIMON, *Le fonds de commerce*, th. Paris 1898

J. SOUHAMI, *Le conjoint du contractant*, PUAM 2005

FR. H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, th. 1957

A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, Dalloz 2013

FR. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957, rééd. Coll. Anthologie du Droit LGDJ-Lextenso 2014

E. THALLER, *Faillites en droit comparé*, éd. Arthur ROUSSEAU 1887, t. I.

A.L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, Defrénois 2008

S. TORCK, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001

C.M.B. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, vol. 6, Gallica

G. VACHER-LAPOUGE, *La notion du patrimoine*, th. Poitiers, 1879

J. VALLANSAN, *La cession d'entreprise*, th. Caen 1986

E. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938

J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé – Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, th. Bordeaux 2016

M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, LGDJ 1919

J.P. VERSCHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, th. Lille, 1984

A. VIALARD, *La responsabilité des propriétaires de navire*, Bordeaux 1989

CH. VILAR, *La cession de contrat en droit français*, th. Montpellier 1968

FR. VINEY, *Le bon père de famille et le plerumque fit – Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, th. Paris I, 2013

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, éd. De Cosse & Gaultier Lagionie, 1838

M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey 1963

F. WAREMBOURG-AUQUE, *La succession aux biens d'une personne morale de droit privée*, th. Lille 1977

A. WEILL, *Le principe de relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz 1938

G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997

CL. WITZ, *La fiducie en droit privé*, LGDJ

M. XIFARAS, *La Propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF 2003

K.S. ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, III, Heidelberg, 1875

FR. ZÉNATI, *La nature juridique du droit de propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon III, 1981

ARTICLES ET NOTES

D. ACQUARONE, « L’ambiguïté du droit à l’image », *D.* 1985, Chron. 129

J. ANTIPPAS, « Propos dissidents sur les droits dits patrimoniaux de la personnalité », *RTD Com* 2012, p. 35 et s.

CL. AUBRY DE MAROMONT, « Les obligations subsidiaires », *RTD Civ.* 2018, p. 305 et s.

V. AUSSEL, « Le couple confronté aux créanciers professionnels », *Deffrénois* 2016, p. 547 et

G. AUZERO, « L’application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D.* 1998, p. 502

A. AYNÈS, « EIRL : la séparation des patrimoines à l’épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011/86.

L. AYNÈS, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. & Patrim.* 2007, p. 54.

L. AYNÈS & P. CROCQ, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559

M. AZOULAI, « L’élimination de l’*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, dir. P. DURAND, LGDJ 1960

M. BACACHE, « L’immunité du préposé », in *Les immunités de responsabilité civile*, dir. O. DESHAYES, PUF 2009, p. 15 et s.

J. BARALE, « Le régime juridique de l’eau, richesse nationale », *RDP* 1965, p. 587

H. BARBIER, « D’une personne morale à l’autre : transmission des dettes via l’entreprise sous-jacente », *RTD Civ.* 2015, p. 388

J.F. BARBIERI, « Incidences d’une fusion : divergences sur l’imputabilité des sanctions financières applicables au comportement de la société absorbée », *LPA* 27 avril 2001, p. 15

I.M. BARSAN, « La personnalité des peines appliquée aux personnes morales en cas de fusion », *Rev. Sociétés* 2018, p. 156

FR. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007, 2053, n°24

- FR. BARRIÈRE & R. ELINEAU**, « L'EIRL ou l'échec du droit des sociétés ? », *Dr. des sociétés* 2011, étude 8
- P. Y. BÉRARD**, « Les fusions à l'épreuve de *l'intuitu personae* », *RTD Com.* 2007, p. 279
- R. BÉRAUD**, « Pluralité de patrimoines et indisponibilité », *RIDC* 1955, p. 775 et s
- J.L. BERGEL**, « Notions juridiques indéterminées et logique floue », in *Rapport du 7^e Congrès de Méthodologie juridique*, Madrid 2001.
- J.P. BERTREL**, « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD Com.* 1996, p. 595
- J.P. BERTREL**, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Dr. & Patrim.* Avril 1997, p. 42
- J. P. BERTREL**, « Le débat sur la nature de la société », in *Mélanges A. SAYAG*, LexisNexis 1998, p. 131 et s.
- A. BEUVE**, « Le liquidateur amiable à l'épreuve du paiement du passif social », *Deffrénois* 2008, art. 38779, p. 1191 et s.
- I. BEYNEIX**, « Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique », *LPA* 2011, n°186, p. 17
- X. BIOY**, « Le corps humain et la dignité », *CRDF* 2017, n°15, p. 12.
- PH. BISSARA**, « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, n°1 et s.
- G. BLANLUET & J.P. LE GALL**, « La fiducie : une œuvre inachevée », *JCP G* 2007 I, 169
- C. BOLZE**, « Réflexion sur la cession de dette en droit français », *Mélanges FLATTET*, Lausanne 1985, p. 11 et s.
- TH. BONNEAU**, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD Civ.* 1991, p. 1 et s.
- V. BONNET**, « Les sûretés et l'EIRL », *JCP N* 2012, n°40, 1338
- N. BORGA**, « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *BJ Entreprises en difficultés* 2001, p. 76 et s.
- E. BORONAD-LESOIN**, « La survie de la personne morale dissoute », *RTD Com.* 2003, p. 1
- A. BOUILLOUX**, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. Sociétés* 1994, p. 393 et s
- J.D. BREDIN**, « L'évolution du trust dans la jurisprudence française », *Trav. com. fr. DIP* 1974, p. 137.
- V. BRÉMOND**, « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N* 2006, 1331.
- CL. BRENNER**, « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559 et s.

- J.M. BRUGUIÈRE**, « Droits “patrimoniaux” de la personnalité », *RTD Civ.* 2016, p. 1.
- R. CABRILLAC**, « L'impossibilité pour le conjoint indivisaire *in bonis* d'invoquer l'extinction de la créance ou le miracle de l'indivision post-communautaire », *BJED* 2012/04, p. 248 et s.
- S. CABRILLAC**, « EIRL et sûretés personnelles : fautes de grives, on mange des merles », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2011 n°3, dossier 16
- L. CADIET**, « L'exécution des jugements », in *Mélanges P. JULIEN*, Edilaix 200 », p. 52 et s.
- J. CALAIS-AULOY**, « Que reste-t-il de la notion de patrimoine de mer ? », in *Mélanges A. JAUFFRET*, Dalloz 1974, p. 173
- M. CANTIN-CUMYN**, « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries », in *Re-imagining the Trust – Trusts in Civil Law*, (dir.) L. SMITH, éd. Cambridge University Press 2012, p. 6 et s.
- H. CAPITANT**, « Essai sur la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1919
- F. CAPORALE**, « Société et indivision », *Rev. sociétés* 1979, p. 265 et s.
- C. CASSAGNABÈRE**, « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité : étude du concept de patrimoine d'affectation à travers l'exemple québécois », *RLDC* 2012/92, p. 63 et s.
- P. CATALA**, « L'indivision », *Deffrénois* 1979, art. 21874
- P. CATALA**, « L'immatériel et la propriété », *Arch. Phil Droit* 1999, p. 61 et s.
- P. CATALA**, « L'indivision entre époux », in *Mélanges P. HEBRAUD*, PU Toulouse 1991, p. 185
- P. CATALA**, « Couple et modernité - Rapport de synthèse », in *Famille et Patrimoine*, PUF 2000, p. 199.
- P. CATALA**, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD Civ.* 1966, p. 186
- P. CATALA**, « La nature juridique des fonds de limitation », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, GLN Joly-Litec 1991, p. 162 et s.
- A. CERBAN**, « Nature et domaine d'application de la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1939, p. 47
- A. CHAIGNEAU**, « Propriété collective », in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017
- A. CHAMOULAUD-TRAPIERS**, « Liquidation d'indivision : du bon règlement du passif et des comptes », *Deffrénois* 2010, p. 2269.

- CL. CHAMPAUD**, « Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'entreprise personnelle à responsabilité limitée en droit français », *RTD Com.* 1979, p. 579 et s.
- CL. CHAMPAUD**, « Les méthodes de groupements des sociétés », *RTD Com* 1967, p. 1005
- CL. CHAMPAUD**, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 139 et s.
- CL. CHAMPAUD**, « EURL. Transmission universelle du patrimoine à l'associé unique. Responsabilité aux dettes sociales (non). Opposition des créanciers, délai de trente jours », *RTD Com.* 2004, p. 111 et s.
- CL. CHAMPAUD**, « Apports en société et affectations patrimoniales entrepreneuriales. Ressemblances et différences. EIRL et fiducie. », *RTD Com* 2010, p. 353
- CL. CHAMPAUD & D. DANET**, « Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle », *RTD Com* 1999, p. 872 et s.
- G. CHAMPENOIS**, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté », in *Mélanges J. FLOUR*, Defrénois 1979, p. 33 et s.
- F. CHAPUISAT**, « Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle », *RTD Civ.* 1973, p. 643
- Y. CHARTIER**, « Les nouveaux fonds communs de placement, *JCP G* 1980, I, 3001, n°31
- P. CHAUVEAU**, « Le fonds de commerce – patrimoine d'affectation ? », *Propos sur le contrat de gérance libre* », *D.* 1939, chr. 37
- J.P. CHAZAL**, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *RTD Civ.* 2020, p. 1 et s.
- FR. CHÉNEDÉ**, « La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins », *D.* 2017, p. 71 et s.
- FR. CHÉNEDÉ**, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 19
- D. CHILSTEIN**, « Les biens à valeur vénale négatives », *RTD Civ.* 2006, p.663.
- A.B. CLAIRE**, « Le corps gratuit : réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation de produits et d'éléments du corps humain », *RDSS* 2015, p. 865 et s
- D. COHEN**, « Le droit à... », in *Mélanges FR. TERRÉ*, PUF-Dalloz 1999, p. 393 et s.
- FR. COHET**, « Créancier de l'indivision, procédure collective et saisie immobilière », *AJDI* 2019, p. 140.
- FR. COHET-CORDEY**, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 805 et s.
- H. COING**, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. Phil. Dr.* 1964, p. 1 et s.

- P. COLIN**, « Identité et altérité », *Cahiers de Gestalt-Thérapie* 2001/1, n°9, p. 52 et s.
- A. COLLIN**, « Le droit des successions dans le Code civil », in *Livre du centenaire*, 1904, I, p. 295 et s.
- A. COLOMER**, « Commentaire de la loi de 1985 », *Defrénois* 1986, art. 33711.
- A. CONSTANTIN**, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Mélanges B. MERCADAL*, éd. Francis Lefebvre 20002, p. 332B.
- G. CORNU**, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges J. VINCENT*, Dalloz 1981, p. 77 et s.
- M. CORNU**, V^obiens communs, in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017.
- G. COUTURIER**, « L'intérêt de l'entreprise », in *Mélanges R. Savatier*, PUF 1992
- L. CREMIEUX**, « Le fonds de commerce, universalité juridique », *Revue des fonds de commerce* 1935, p. 311 et s.
- P. CROCQ**, « Le cœur du dispositif fiduciaire », *RLDC* 2007/40, p. 61.
- P. CROCQ**, Chronique – Droit des sûretés, *D.* 2012, p. 1573 et s.
- CH. CUTAJAR**, « Le montage société civile – société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », *BJS* 1999, p. 1057.
- J. DABIN**, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », in *Arch. Phil. Dr.* 1964, p. 17 et s
- R. DAMMANN & G. PODEUR**, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, p. 2300 et s.
- FR DANOS**, « Les restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, p. 151.
- FR. DANOS**, « Revendication de biens fongibles et répartition proportionnelle », *RDC* 2017, n°114, p. 333.
- FR. DANOS**, « La transmission des droits et dettes *propter rem* », in *Journées France-Louvain* 2016.
- FR. DANOS**, « La cession de dettes », in *Mélanges PH. NEAU-LEDUC*, LGDJ-Lextenso 2019, p. 309
- FL. DEBOISSY**, « De quelques conséquences de la liberté d'inscrire ou non une dette au passif du bilan de l'entreprises individuelle », *RTD Com.* 2001, p. 999 et s.
- F. DEBOISSY & G. WICKER**, « La distinction de la société et de l'indivision et ses enjeux fiscaux », *RTD Civ.* 2000, p. 233 et s.
- A. DECOCQ**, « La division des immeubles par appartement dans les partages », *RTD Civ.* 1960, p. 569 et s.
- FR. DEKEUWER-DEFOSSEZ**, « L'indivision dans les sociétés en participation », *JCP* 1980, I, 2970

- PH. DELMAS SAINT-HILAIRE**, « Il était une fois l'indivision familiale... », in *Mélanges J. HAUSER*, LexisNexis-Dalloz 2012, p. 59 et s.
- PH. DELMOTTE**, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation – Panorama de jurisprudence 1998-2006 », *RJDA* 2006/06, p. 539 et s.
- R. DEMOGUE**, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev. Crit. Législ. Et jurisprud.* 1901, p. 237 et s.
- A. DENIZOT**, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2014, p. 547
- R. DESGORCES**, « Relecture de la théorie du compte courant », *RTD Com.* 1997, p. 383 et s.
- O. DESHAYES**, « Recherches sur les origines de la notion d'ayant-cause », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ-Lextenso 2009, p. 85 et s.
- P. DIDIER**, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *Mélanges Fr. Terré*, Dalloz 1999, p. 635 et s.
- E. DINH**, « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010, 1979 (spéc. n°44).
- J.PH. DOM**, « La fiducie-gestion et le contrat de société – Eléments de comparaison », *Rev. Sociétés* 2007, p. 481 et s.
- J.P. DOM**, « Le trust et le droit français, Aspects de droit privé », *Rev. dr. banc.* 1996, n°56, p. 137-143, spéc. p. 138
- B. DONDERO**, « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné », *JCP G* 2010, n°25, p. 679
- E. DREYER**, « Droits fondamentaux et dignité », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, D. CHAGNOLLAUD & G. DRAGO (dir.), Dalloz 2006, p. 249
- D. DEROUSSIN**, « Personnalité et biens innés chez AUBRY et RAU : entre nature et abstraction », in *AUBRY et RAU : leurs œuvres, leurs enseignements*, PU Strasbourg 2006, p. 91 et s.
- F. DERRIDA**, « A propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec 1999, p. 687 et s.
- J. DERRUPÉ**, « Souvenir et retour sur le droit réel du locataire », in *Mélanges L. BOYER*, PU Toulouse 1996, p. 169 et s.
- O. DEXANT DE BAILLIENCOURT**, « Pour une consécration légale de la faute séparable des fonctions du dirigeant », *D.* 2019, p. 144.
- H. DONNEDIEU DE VABRES**, « Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales », *R.D. Pén.* 1950, p. 339
- M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE**, « EIRL : la mise en concurrence conflictuelle des procédures civiles et commerciales d'exécution », *RLDA* 2011/62.

- E. DREYER**, « Les mutations du concept juridique de dignité », *RRJ*, 2005, p. 19
- W. DROSS**, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 419 et s.
- W. DROSS**, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD Civ.* 2015, p. 27
- W. DROSS**, « L'identité des concepts juridiques : quelles distinctions entre concept, notion, catégorie, qualification, principes ? », *RRJ* 2012, p. 2232
- W. DROSS**, V° Titularité, in *Dictionnaire des biens communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, PUF 2017.
- W. DROSS**, « L'indivisaire en liquidation judiciaire : quelle protection pour ses pairs », *RTD Civ.* 2017, p. 898 et s.
- J. DUBARRY & J.W. FLUMES**, « Patrimoine + publicité = responsabilité limitée » ; *RLDC* 2011, p. 85.
- M. DUBERTRET**, « L'intuitu personae dans les fusions », *Rev. Sociétés* 2006, p. 721 et s.
- E. DUBUISSON**, « La non-adoption de la propersonnalité », *Dr. & Patrim.* 2010, 191
- E. DUBUISSON**, « Patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? La propersonnalité au secours de l'EIRL », *D.* 2013, p. 792 et s.
- E. DUBUISSON**, « Angoisse du praticien face à un entrepreneur individuel qui veut s'engager comme EIRL », *JCP N* 2010, 1263
- E. DUBUISSON & M. GERMAIN**, « L'affectation d'un patrimoine : transmission », in *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, dir. Fr. Terré, LexisNexis-Litec, 2011, n°127, p. 68
- M.P. DUMONT-LEFRAND**, « La cession à titre onéreux du patrimoine affecté », *BJE* 2011, p. 85
- J. DUPICHOT**, « De l'importance de l'histoire et du droit comparé dans le temps, libres propos d'un privatiste praticien », in *Mélanges X. BLANC-JOUVAN*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 55-67.
- M.P. DUPONT-LEGRAND**, « La cession à titre onéreux du patrimoine affecté », *BJED* 2011, p. 85
- P. DURAND**, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Études G. RIPERT*, t. 1, 1950, LGDJ
- G. DURRY**, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XIV, 1965, p. 611 et s.
- C. DUVERT**, « La propriété collective », *LPA* 6 mai 2002, n°90, p. 4

Y. EMERICH, « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la Common Law : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009-1, p. 49 et s.

P. ESMEIN, « Essai sur la théorie juridique du compte courant », *RTD Civ.* 1920, p. 79 et s.

M. FABRE-MAGNAN, « Dignité », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, FR. SUDRE (dir.), PUF, 2008, p. 227

M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 et s., n°3.

M. FALAISE, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité », *LPA* 1997/103, p. 5 et s.

R. FEENSTRA, « L'histoire des fondations », *TVR – Revue d'Histoire du droit*, 1956, p. 381

J.P. FELDMAN, « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité de l'individu et la personne humaine », *Droits*, 2009, p. 87

A.S. FERMANEL DE WINTER, « Universalité de fait et universalité de droit », *Revue juridique de l'ouest* 2008/4, p. 409 et s. (première partie) ; 2009/1, p. 5 et s. (seconde partie)

F. FERRAND, « La fondamentalisation de l'exécution forcée », in *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, dir. CL. BRENNER, EJT 2007, p. 13 et s.

G. FLORES & J. MESTRE, « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA* 14 mai 1986, p. 25 et s.

J. FOMETEU, « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *Lamy Droit de l'immatériel* 2007, p. 87 et s.

FR. ZÉNATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305

A. FOURNIER, « L'indivision entre époux communs en biens », in *Mélanges B. GROSS*, PU Nancy 2009, p. 537.

J. FRANÇOIS, « Les opérations sur dette », *Acte de colloque – Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* 2016.

CH. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive... », in *Mélanges A. BRETON & F. DERRIDA*, Litec 1991, p. 126 et s. ;

M.A. FRISON-ROCHE, « Sociologie du patrimoine - La réalité de la règle de l'unicité du patrimoine », in *Rapport remis à la Chancellerie*, Assas Paris II, Laboratoire de sociologie juridique, 1995, n°68, p. 59.

S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 707

- E. GAILLARD**, « La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français », *D.* 1984, p. 161 et s.
- L. GAMET**, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et scissions de sociétés », *JCP G* 2001, I, 345
- R. GARRON**, « L'influence de la destination sur le régime juridique des droits », *D.* 1965, Chron. p. 191 et s.
- S. GAUDEMET**, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Dr. Fam.* 2016, Dossier 16
- C. GAVALDA**, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », in *Mélanges J. HAMEL*, Dalloz 1961, p. 253 et s.
- M. GERMAIN**, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Mélanges P. LE CANNU*, LGDJ 2014, p. 289.
- A. GERVAIS**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges P. ROUBIER*, Dalloz-Sirey 1961, t. I, p. 221 et s.
- J. GHESTIN**, « La transmission des obligations en droit positif français », *La transmission des obligations*, Journées J. DABIN, LGDJ 1980, p. 59 et s.
- D. GIBIRILA**, « La faute personnelle détachable des fonctions de gérant », *D.* 1998, p. 605
- D. GIBIRILA**, « L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles », *Deffrénois* 1998, 36808, p. 625 et s.
- S. GINOSSAR**, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD Civ.* 1962, p. 613 et s.
- H. GIRAUD**, « Réflexions au sujet du paradigme selon lequel la fiducie française est transposée de la common law, com-paraison entre le droit écossais des trusts et le projet de fiducie en France », *Banque et droit* 2006, n° 105, p. 25
- H.P. GLENN**, « La tradition juridique nationale », *RIDC* 2003, vol. 55, n°2, p. 263 et s.
- M. GOBERT**, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.* 1992, p. 514
- G. GOFFAUX-CAILLEBEAUX**, « La définition de l'intérêt social », *RTD Com.* 2004, p. 35
- G. GOUBEAUX**, « Personne morale, droit des personnes et droit des biens », in *Mélanges R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 199 et s.
- PH. GOUTAY & FR. DANOS**, « De l'abus de la notion d'intérêt social », *D. Affaires* 1997, p. 877
- L. GRIFFON**, « L'extension de la procédure collective au conjoint du débiteur », *Deffrénois* 2003/8, p. 493 et s.

- M. GRIMALDI**, « Le contrat et les tiers », in *Mélanges PH. JESTAZ*, Dalloz 2006, p. 161 et s.
- M. GRIMALDI**, « Le logement de la famille », *Deffrénois* 1983, I, p. 1025 et s.
- M. GRIMALDI**, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, étude 1387, p. 2419
- M. GRIMALDI**, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, 35085 et 35094.
- F. GRUA**, « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167
- C. GRZEGORCZYK**, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Arch. Phil. Droit*, t. 24, 1979, p. 259.
- C. GRZEGORCZYK**, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Arch. Phil. Droit*, 1989, t. 34, p. 9.
- A. GUESMI**, « EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives », *D.* 2011, p. 104
- D. GUEVEL**, « L'encouragement légal de l'irresponsabilité entrepreneuriale », *D.* 2019, p. 2345.
- D. GUTMANN**, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mélanges François TERRÉ*, Dalloz-PUF 1999, p. 329 et s.
- D. GUTMANN**, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens », *Arch. Phil. Droit* 1999, p. 65 et s.
- F. HAGE-CHAHINE**, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD Civ.* 1982, p. 705 et s.
- J.L. HALPÉRIN**, « Le projet de l'an IX, matrice du code civil ? », *Droits* 2005/2, n°42, p. 19
- R. HAMOU**, « La fiducie-gestion et le quasi-usufruit : étude approfondie des effets de la consomptibilité », *Dr & Patrim.* 2003/10, p. 48 et s
- M. HAURIOU**, « La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée 1926, n°23
- P. HÉBRAUD**, « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, p. 174
- P. HÉBRAUD**, « A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartements », *RTD Civ.* 1938, p. 23 et s.
- P. HÉBRAUD**, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges J. MAURY*, Dalloz-Sirey 1960, t. II, p. 445 et s.
- J. HENRIOT**, « De l'obligation comme chose », *Arch. Phil. Droit* 1979, p. 235 et s.

- M.A. HERMITE**, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *Arch. Phil. Droit* 1988, t. 33, p. 325.
- J. HILAIRE & J. TURLAN**, « Les contingences historiques du fonds de commerce », in *L'entreprise personnelle – Critique et prospective*, LexisNexis-Litec 1981, t. II, p. 81 et s.
- P. HILT**, « Les créances au sein du couple : des créances ordinaires ? », *AJ Fam.* 2006, p. 231 et s.
- C. D'HOIR-LAUPÊTRE**, « L'EIRL, un patrimoine affecté voué... à une désaffectation certaine ! », *LPA* 2011/10, p. 3
- P. JAUBERT**, « Deux notions de droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *RTD Civ.* 1945, p. 75 et s.
- W.S. HOLDSWORTH**, « The English Trust – Its origins and influence in English Law », *TVR* 1923, p. 367 et s.
- C. HUGON**, « Regards sur le droit des voies d'exécution », *RDC* 2005, p. 183.
- C. HUGON**, « L'exécution forcée des décisions de justice », in *Libertés et droit fondamentaux*, dir. R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE & TH. REVET, Dalloz 2912, n°907
- R. JABBOUR**, « Assiette du droit de gage général et théories du patrimoine : ajustements au regard de la notion d'indivisibilité », in *Mélanges L. Aynès*, LGDJ-Lextenso 2019, p. 325
- X. JASPAR & N. MÉTAIS**, « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats conclus *intuitu personae* et les limites afférentes à certains biens », *BJS* 1998, p. 447
- A. JAUFFRET**, « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in *Mélanges G. Ripert*, t. II, LGDJ 1950, p. 33 et s.
- W. JEANDIDIER**, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD Civ.* 1976, p. 700
- M. JEANTIN**, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Mélanges J. DERRUPÉ*, Litec 1991, p. 287.
- G. JÈZE**, « Les principes généraux du droit administratif », in *Revue générale de l'administration* 1904
- L. JOSSERAND**, « Essai sur la propriété collective », in *Livre du centenaire du Code civil*, éd. Arthur ROUSSEAU 1904, t. I, p. 357 et s.
- P. JOURDAIN**, « Les actes de disposition sur la chose indivise », *RTD Civ.* 1987, p. 498 et s.
- P. JOURDAIN**, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : l'exigence d'une faute personnelle détachable des fonctions », *RTD Civ.* 1998, p. 688.
- M. JULIENNE**, « La nature juridique du nantissement de créance », in *Mélanges D. MARTIN*, LGDJ-Lextenso 2015, p. 315 et s.

- M. JULIENNE**, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC* 2017/3, p. 461 et s.
- FR. JULIENNE**, « La fiducie, une technique d'avenir pour gérer le patrimoine des personnes protégées », *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2015, dir. J.M. PLAZY & G. RAOUL-CORMEIL, p. 205 et s.
- L. KACZMAREK**, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845
- Y. KALIEU**, « De la fongibilité des immeubles », *LPA* 2001, n°207, p. 5.
- B. KAN-BALIVET**, « Le patrimoine fiduciaire », in *Personne et patrimoine en Droit – Variation sur une connexion*, éd. Bruylant 2014, p. 177.
- P. KAYSER**, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971, p. 445 et s.
- A. LE BAYON**, « Observations sur la nouvelle saisie des rémunérations », in *Mélanges H. BLAISE*, Economica 1995, p. 287 et s
- P. LE CANNU**, « Existe-t-il une société de droit commun », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, *op. cit.*, p. 247 et s.
- J.P. LE GALL**, « Apport partiel d'actif et transmission universelle », *Mélanges M. JEANTIN*, Dalloz, p. 259 et s.
- D. LE GRAND DE BELLEROUCHE**, « L'intégration du concept de *trust* à l'échelle régionale et mondiale », PUF, Les voies du droit 2004, p. 139 et s.
- H. LE NABASQUE**, « Personnalité des délits et des peines et fusions », *BJS* 2015, p. 393.
- S. LACROIX-DE-SOUSA**, « La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel », *D.* 2012, p. 620.
- Y.M. LAITHIER**, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161
- S. LAMBERT**, « Le sort du conjoint in bonis engagé aux côtés de son époux surendetté ou soumis à une procédure collective », *RTD Com.* 2007, p. 485 et s.
- G. LARDEUX**, « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD Civ.* 2013, p. 741 et s.
- CH. LARROUMET**, « La cession de contrat : une régression du droit français », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec 1999, p. 151 et s.
- CH. LARROUMET**, « La fiducie inspirée du *trust* », *D.* 1990, p. 119 ; L. AYNES, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559
- P. LASSÈGUE**, « Comment un être juridique est transformé par sa mesure : du patrimoine au bilan prospectif », in *Mélanges L. BOYER*, PU Toulouse 1996, p. 333 et s.
- A. LAUDE**, « La fongibilité », *RTD Com.* 1995, p. 307 et s.

- L. LAUVERGNAT**, « L'entrepreneur individuel et ses créanciers : existe-t-il un droit de ne pas être saisi ? », *JCP G* 2013, II, 791, p. 1366
- A. LEBORGNE**, « Rapport introductif », in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions* », éd. EJT 2009, n°5, p. 6.
- A. LECOURT**, « Principe de personnalité des peines et restructuration de la société : particularisme de contexte ou fin du débat ? », *RTD Com.* 2020, p. 109 et s
- A. LECOURT**, « La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille », *RTD Com.* 2004, p. 1 et s.
- B. LECOURT**, « Faut-il réformer la directive sur les sociétés unipersonnelles ? », *Rev. Sociétés* 2014, p. 139 et s.
- B. LECOURT**, « Réflexions sur le régime de la liquidation des sociétés *in bonis* », *JCP E* 2018/23, p. 20 et s.
- H. LÉCUYER**, « Mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, dir. D. FENOUILLET & **P. DE VAREILLES-SOMMÈRES**, Economica 2001, p. 57 et s.
- H. LÉCUYER**, « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté : les pouvoirs des époux », *LPA* 2003/82, p. 20 et s.
- H. LÉCUYER & P. REIGNE**, « L'unicité du patrimoine dans sa dimension diachronique – Etude comparée du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives », in *Sociologie du patrimoine : la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine*, éd. Lab. Socio. Juridique Paris, 1995, Annexe, p. 1
- V. LEGRAND** « EIRL : vers une simplification », *LPA* 13 mai 2013
- V. LEGRAND**, « L'accès au crédit de l'EIRL ou comment concilier l'inconciliable », *LPA* 2011, n°200, p. 4
- V. LEGRAND**, « EIRL : coup de théâtre en trois actes ou énième épisode d'un mauvais feuilleton ? », *D.* 2013, p. 1971.
- V. LEGRAND**, « L'EIRL en surendettement : la nécessaire redéfinition des dettes non-professionnelles », *LPA* 2011/62, p. 3 ;
- V. LEGRAND**, « L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ? », *D.* 2010, p. 2385 et s.
- B. LEMENNICIER**, « Le corps humain, propriété de l'Etat ou propriété de soi ? », *Revue Droits* 1991, t. 13, p. 111.
- J. LEPROVAUX**, « Les nouvelles règles de gestion de l'indivision successorale », *JCP N* 2006, 1381

Y. LEQUETTE, « Le privilège de séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », in *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 371 et s.

A.M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD Civ.* 2010, p. 632 et s

A.M. LEROYER, « Réforme des successions et des libéralités », comm. de la loi n°2006-728 du 23 juin 2006, *RTD Civ.* 2006, p. 612 et s.

H. LETTELIER, « La fiducie en droit de la famille », in *Mélanges J. PRIEUR*, LexisNexis 2014, p. 321

H. LETTELIER, « Les insuffisances de l'EURL », *Dr. et patrimoine*, avr. 2010, p. 74

P. LEVEL, « De quelques atteintes au principe de la personnalité des peines », *JCP G* 1960, I, 1583

R. LIBCHABER, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », *Defrénois* 1997, doct. art. 36464, n°4, p. 67.

R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz-Litec 2004, p. 297 et s.

R. LIBCHABER, « Des successions en quête d'avenir », *RTD Civ.* 2016, p. 729

R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz 1999, p. 281

R. LIBCHABER, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.* 1997, p. 615.

R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094 et s.

R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la communauté », in *Mélanges G. CHAMPENOIS*, *Defrénois* 2012, p. 583 et s.

G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000, p. 47.

F.X. LUCAS, « EURL, de la fausse bonne idée à la vraie calamité », *BJS* 2010, p. 311

F.X. LUCAS, « L'attraction du conjoint *in bonis* dans la procédure collective », *LPA* 2003/82, p. 4

F.X. LUCAS, « La liquidation dite amiable des sociétés », *BJS* 2009, 58, p. 285 et s.

A. LUCCI, « La dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale », *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*, 1904, p. 304 et s.

F. MACORIG-VENIER, « Observations sur l'EURL et les sûretés », *BJS* 2011/3, p. 253 et s.

PH. MALAURIE, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Defrénois* 2006, art. 28493, p. 1801.

B. MALLET-BRICOUT, « Un agent très spécial », *RTD Civ.* 2017, p. 740 et s

- B. MALLET-BRICOUT**, « L'affectation du patrimoine : fonctionnement et cessation », in *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, LexisNexis 2011, (dir. FR. TERRÉ), n°107, p. 59
- B. MALLET-BRICOUT**, « Fiducie et propriété », in *Mélanges CH. LARROUMET*, Economica 2010, p. 297 et s.
- J.P. MARGUENAUD**, « La protection juridique du lien d'affectation envers un animal », *D.* 2004, Chron. p. 3009
- D.R. MARTIN**, Préface à la thèse de J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984
- D.R. MARTIN**, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD Civ.* 1994, p. 49 et s.
- D.R. MARTIN**, « Du portefeuille de valeurs mobilières considéré comme une universalité de fait », *La vie judiciaire*, 10/16 févr. 1992, p. 3
- D. R. MARTIN**, « Des règlements liquidatifs entre époux », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, LGDJ 2012, p. 601 et s.
- J. MASSIP**, « Le contrat de fiducie, les mineurs et les majeurs protégés », *Defrénois* 2009, art. 38982
- M.L. MATHIEU-IZORCHE**, « Quel avenir pour l'indivision ? », in *L'avenir du droit des biens*, LGDJ-Lextenso 2016
- G. MEDEVIELLE**, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités* 2008/3, p. 69
- M. MEKKI**, in *Dictionnaire des biens communs*, (dir. M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD), PUF 2017, V°Intérêt collectif & V°Intérêt commun.
- E. MEILLER**, « L'universalité de fait », *D.* 2012, p. 47 et s.
- D. MELEDO-BRIAND**, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », in *Mélanges CL. CHAMPAUD*, Dalloz 1997, p. 467 et s.
- N. MERVORACH**, « Le patrimoine », *RTD Civ.* 1936, p. 11 et s.
- R. MESA**, « L'EIRL et le droit pénal », *Dr. & Patrim.* 2016, n°254
- J. MESTRE**, « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges CH. MOULY*, Litec 1998, t. 1, p. 131 et s.
- M. T. MEULDERS-KLEIN**, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà », in *La personne, la famille et le droit, trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant-LGDJ 1999, p. 35 et s.
- E. MEYNIAL**, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *RTD civ.* 1903, p. 811 et s.

- G. MICHAELIDES-NOUAROS**, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ.* 1966, p. 217 et s.
- M. MIGNOT**, « L'EIRL et les sûretés », *RRJ* 2011, n°3, p. 1455 et s.
- M. MIGNOT**, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, p. 1805
- N. MOLFESSIS**, « Entreprise et patrimoine : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.* 2011, n°139, p. 63
- J. MONEGER**, « Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce », *AJDI* 2001, p. 1047 et s.
- R. MORTIER**, « L'instrumentalisation de la personne morale », in *La personnalité morale – Thèmes et commentaires – Travaux de l'association Henri Capitant*, Dalloz 2010, p. 31 et s.
- R. MORTIER**, « Les mutations de l'EIRL », *Dr. & Patrim.* 2011, n°02, p. 72
- J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD & TH. REVET**, « De la propriété comme modèle », *Mélanges A. COLOMER*, Litec 199 », p. 281 e s.
- J.M. MOUSSERON**, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 277
- P. MURAT**, « Réflexions sur la distinction Être humain/personne juridique », *Dr. Fam.* 1997, chron. 9.
- I. NAJJAR**, « La clause de substitution dans la promesse de vente », *D.* 1989, p. 65
- R. NERSON**, « La condition de l'animal au regard du droit », *D.* 1963 Chron. p. 2
- R. NERSON**, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », in *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz 1965, p. 707
- K.H. NEUMAYER**, « La transmission des obligations en droit comparé », in *IXe journées d'études juridiques J. DABIN*, Bruylant-Litec 1980, spéc. p. 255
- E. NICOLAS**, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. Sociétés* 2013, p. 535
- M. NICOLLE**, « La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire », *D.* 2014, p. 2071
- J.F. NIORT**, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Histoire de la justice* 2009/1, p. 121 et s.
- CL. OBADIA**, « L'universel ou le déploiement de la question de l'homme », *Le philsophoire* 2009/1, p. 5.
- R. OLLARD**, « Qualification de droits extrapatrimoniaux », in *Traité – Droits de la personnalité*, dir. J.C. SAINT-PAU, LexisNexis 2013, n°553 et s., p. 334 et s

- J. PAILLUSSEAU**, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP E* 1986, II, 14684
- J. PAILLUSSEAU**, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD Civ.* 1993, p. 705
- J. PATARIN**, « La double face du régime juridique de l'indivision », in *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec 1990, p. 331 et s.
- J. PATARIN**, « Un indivisaire peut être autorisé à aliéner seul un bien indivis », *RTD Civ.* 1991, p. 378.
- J. PATARIN**, « Le fonds de commerce à l'épreuve de l'indivision », in *Mélanges CH. FREYRIA*, Ester Éditions 1994, p. 167 et s.
- J. PERCEROU**, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD Civ.* 1905, p. 532
- H. PERINET-MARQUET**, « La copropriété entre respect et adaptation du droit civil », in *Mélanges PH. SIMLER*, LexisNexis 2006, p. 796 et s.
- H.E. PERREAU**, « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909, p. 501 et s.
- FR. PEROCHON**, « EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre. La validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie de dettes de l'autre patrimoine », *Rev. Proc. Coll.* 2011/2, dossier 25.
- A. PERRODET**, « Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire », *RTD Com.* 1999, p. 1
- R. PERROT**, « Présentation générale de la réforme », *JCI Procéd.* Fasc. 10 – Voies d'exécution
- R. PERROT**, « L'huissier de justice et la chasse au trésor », *Rev. Procéd.* 2004, Chron. n°4.
- PH. PÉTEL**, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 2011, 1071
- N. PETERKA**, « Le droit des incapacités à l'épreuve du contrat de fiducie, in *La fiducie dans tous ses états*, Assoc. Henri CAPITANT, Dalloz 2001, p. 20 et s.
- CH. PEYRON BONJAN**, « Points de vue philosophiques sur les concepts : notion, concept, catégorie, principe, qualification », *RRJ* 2012/5, p. 2237 et s.
- A. PIEDELIEVRE**, « Le matériel et l'immatériel – Essai d'approche de la notion de bien », in *Mélanges M. DE JUGLART*, 1986, p. 55 et s.
- S. PIEDELIEVRE**, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Defrénois* 2010, art. 39134, p. 1417 et s.
- S. PIEDELIÈVRE**, « L'EIRL et le droit des procédures collectives », *LPA* 2011/25, p. 7 et s.
- S. PIEDELIÈVRE**, « EIRL et procédures collectives », *RD Banc. & Fin.* 2011, comm. 63
- S. PIEDELIÈVRE**, « L'EIRL et le droit des procédures collectives », *LPA* 2011/25, p. 7

- S. PIEDELIÈVRE**, « Accès à l'information et accès à l'exécution », in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, EJT 2009, p. 105 et s.
- S. PIEDELIÈVRE**, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel » *JCP G* 2003, I, 165, n°26, p. 1722.
- J.L. PIERRE**, « L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer », *JCP E* 2009/51, 2184.
- M. PINNA**, « Un aperçu historique de la théorie des climats », *Annales de géographie* 1989, p. 322
- P. POTENTIER**, « Le domaine du mandat de protection future », *JCP N* 2007, I, 1262
- J. PRÉVAULT**, « L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne », in *Mélanges Jean VINCENT*, Dalloz 1981, p. 297
- J. PRIEUR**, « Droit des contrats et droit des sociétés », in *Mélanges A. SAYAG, op. cit.*, p. 371 et s.
- S. PRIGENT**, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD Civ.* 2008, p. 401
- A. PROTHAIS**, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », *JCP G* 1990, I, 3440.
- A. PRÜM & CL. WITZ**, « La nouvelle fiducie luxembourgeoise », in *Trust et fiducie – La convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Montchrestien 20005, p. 13
- P. PUIG**, « Transmission des droits et actions : la conquête de l'ubiquité », *RDC* 2014, p. 813 et s.
- P. PUIG**, « Société et indivision : bref retour vers le futur », *Journ. sociétés*, n°53, avr. 2008, p. 53
- C. RADÉ & S. TOURNAUX**, « Réflexions à partir de l'article 1142 du Code civil en droit du travail », *RDC* 2005, p. 197
- M.J. RADIN**, « Property and Personhood », in *Reinterpreting Property*, éd. ANSIS 1984, p. 35 et s.
- J.G. RAFFRAY & J.P. SÉNÉCHAL**, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP N* 1985, I, 130
- G. RAOUL-CORMEIL**, « Les contrats sur la personne », *LPA* 2012, p. 238.
- N. REBOUL-MAUPIN**, « Pour une rénovation de la *summa divisio* personne et bien », *LPA* 2016, n°259, p. 6.
- M. REMOND-GUILLOUD**, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, p. 27

M.H. RENAUT, « La contrainte par corps – Une voie d'exécution civile à coloris pénale », *Rev. Sc. Crim.* 2002, p. 791.

J.F. RENUCCI, « L'identité du contractant », *RTD Com.* 1993, p. 441 et s.

TH. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », *RDC* 2013, p. 327 et s.

TH. REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTD civ.* 2017, p. 587, n°3.

TH. REVET, « La légisprudence », in *Mélanges PH. MALAURIE*, Defrénois 2005, p. 377 et s.

TH. REVET, « La propriété de la personnalité », *Gaz. Pal.* 2007, p. 139 et s. **L. RIGAUD**, « A propos d'une renaissance du *jus ad rem* et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* 1963, p. 557 et s.

G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », in *DH 1936*, *Chron.* 57.

J.H. ROBERT, « L'EIRL et le droit pénal », in *L'EIRL – L'entrepreneur à responsabilité limitée*, LexisNexis-Litec 2010, dir. FR. TERRÉ, n°442 et s., p. 189 et s.

J. ROCHFELD, « Du patrimoine de dignité... », *RTD Civ.* 2003, p. 743

J. ROCHFELD, « La distinction de la personne et des choses, une *summa divisio* brouillée par la personnification des biens », in *Le patrimoine de la personne protégée*, (dir. J.M. PLAZY & G. RAOUL-CORMEIL) LexisNexis 2015, p. 277 et s.

R. RODIERE, « La limitation de responsabilité du propriétaire de navire, passé, présent et avenir », *DMF* 1973, p. 239

B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », *Defrénois* 2009, art. 28906, p. 516.

G. ROMEYER-DHERBEY, « Chose, cause et œuvre chez Aristote », *Arch. Phil. Dr.* 1979, t. 24, p. 127 et s., spéc. p. 135-136.

P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *Arch. Phil. Droit*, 1960, p. 128 et s.

FR. ROUSSEL, « EIRL et droit du crédit et des sûretés – Financement », in *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, LexisNexis-Litec 2011 (dir. FR. TERRE), p. 93 et s.

FR. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011, p. 1

J.M. ROUX, « Le patrimoine du syndicat des copropriétaires », *Dr. & Patrim.* 2004/08, p. 48 et s.

G. ROUZET, « Conjugalité et copropriété », *Mélanges G. CHAMPENOIS*, LGDJ 2012, p. 731 et s.

P. RUBELLIN, « La responsabilité civile du liquidateur amiable », *BJS* 2009/3, p. 297 et s

- P. RUBELLIN**, « Retour sur le statut du conjoint du débiteur commun en biens », *BJED* 2014/01, p. 62 et s.
- M.B. SALGADO**, « L'entrepreneur à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusion des autres », *JCP E* 2014, 1024
- V. SAINT-JAMES**, « Réflexions sur la dignité de l'être humain, en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, chron. 61.
- G. SAMUEL**, « Droit comparé et théorie du droit », *RIEJ* 2006/2, vol. 57, p. 1 et s.
- C. SAINT-ALARY HOUIN**, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *RTD Com.* 1979, p. 645 et s.
- C. SAINT-ALARY HOUIN**, « Il est temps de repenser la situation du conjoint dans les procédures ! », *BJED* 2016/02, p. 87S.
- B. SAINTOURENS**, « L'EIRL – Commentaire de la loi n°2010-658 du 15 juin 2010 », *Rev. Sociétés* 2010, p. 351 et s.
- O. SALATI**, « La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et le principe de saisissabilité : une menace de plus sur le droit au recouvrement ? », *Rev. Procéd.* 2010/11, Etude 8
- M.B. SALGADO**, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusions des autres », *JCP E* 2014, n°3, 1024
- M. SATANOWSKY**, « Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce », *RIDC* 1955, p. 726 et s.
- FR. SAUVAGE**, « Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable », *RJPF* 2009/5/8.
- R. SAVATIER**, « Essai d'une présentation nouvelles des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958, p. 331
- R. SAVATIER**, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD Civ.* 1934, p. 525 et s.
- R. SAVATIER**, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD Civ.* 1958, p. 1 et s. ;
- R. SAVATIER**, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui », *D.* 1959, n°494 et s. p. 166
- C. SAUJOT**, « Le fondement des récompenses », *RTD Civ.* 1970, p. 684 et s.
- S. SCHILLER**, « Quelle perméabilité contractuelle entre le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté », *Dr. & Patrim.* 2010, n°191, p. 88
- D. SCHMIDT**, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, I, n°404

F.M. SCHROEDER, « La ruine des créanciers organisée par la loi : les droits du créancier antérieur au mariage dans le nouveau régime matrimonial », *JCP G* 1969, I, 2291.

PH. SIMLER, « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP G* 2011, n°4, p. 11

E. SENECAI, « Un trust, version française », *JCP G* 2007.24. act. 316

J.P. SENECHAL, « L'affectation de biens communs ou indivis », *BJED* 2011/003, p. 62 et s.

A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine - Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994.

P. SERRAND, « La loi dans la pensée des rédacteurs du code civil », *Droits* 2005/2, n°42, p. 31

R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la Théorie du patrimoine D'AUBRY et RAU », *Arch. Phil. Dr.* 1979, t. 24, p. 250

M. SERNA, « La voix et le contrat : le contrat sur la voix », *CCC* 1999, Chron. 9.

B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion de patrimoines », *LPA* 1995/10, p. 18

J. SOUHAMI, « La situation procédurale du conjoint *in bonis* », *D.* 2009, p. 2143 et s.

M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges G. GOUBEAUX*, LGDJ Dalloz 2009, p. 509 et s.

H. SYNDET, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. & Patrim.* 2005/140, p. 64 et s

D. TALLON, « Retraits et préemptions », *RTD Civ.* 1951, p. 208.

A. TADROS, « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer et la définition de la propriété », *RDC* 2016/1, p. 187 et s.

A. TADROS, « Le statut du donneur », *CRDF* 2017, n°15, p. 45 et s.

G. TEBOUL, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une usine sans gaz », *Gaz. Pal.* 2010, n°175, p. 5

H. TEMPLE, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Mélanges CALAIS-AULOIS*, Dalloz 2004, p. 1067.

R. TENDLER, « La protection des époux mariés sous le régime de la communauté légale face à leurs créanciers », in *Mélanges D. HUET-WEILLER*, PUF 1994

F.X. TESTU, « Sur la nature de l'indivision », *D.* 1996, p. 176 et s.

FR. TERRE, « L'indivision », *Defrénois* 1979, art. 31874.

FR. TERRE, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », *JCP E* 2011, 1011

PH. THERY, « Saisissabilité et limites », in *10^e anniversaire de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*, CNHJ colloque, EJT 2002, p. 61 et s.

- V. THOMAS**, « EIRL : transmission entre vifs du patrimoine affecté », *Rev. Sociétés* 2013, p. 673
- Y. THOMAS**, « L'extrême et l'ordinaire – Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in *Les opérations du droit*, EHESS, Galimard 2011
- Y. THOMAS**, « Res, chose et patrimoine – note sur le rapport sujet-objet en droit romain », in *Arch. Philo. du Droit*, t. 25, 1980, p. 422.
- A.L. THOMAT-RAYNAUD**, « Patrimoine ou patrimoines ? », in *Les patrimoines affectés – Acte de colloque*, PU Toulouse 1, p. 12 et s.
- D. THOUVENIN**, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *LPA* 1994, p. 26
- A. TISSERAND-MARTIN**, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples », in *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Dalloz 2009, p. 830.
- V. TRICOT**, « La confusion des patrimoines et les procédures collectives », *Rapport C. Cass.* 1998, p. 165
- F. TRIPET**, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2006, n° 294, p. 6
- B. VAILLANT**, « Les cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives », *Dr. Aff.* 1999/146, p. 154.
- J. VALERY**, « Maison de commerce et fonds de commerce », *ADC* 1902, p. 209 et s.
- Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES**, « Définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 441 et s.
- D. VEAUX & P. VEAUX-FOURNERIE**, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges A. WEILL.*, Dalloz-Litec 1983, p. 547 et s.
- H. VIALLETON**, « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », in *Mélanges J. MAURY*, éd. Dalloz & Sirey 1960, t. II, p. 580
- A. VIANDIER**, « L'intuitus personae - Les contrats conclus intuitus personae face à la fusion de société », in *Mélanges CH. MOULY*, t. 2, 1998, Litec, p. 193 et s.
- D. VICH-Y-LLADO**, « La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion », *JCP E* 2001, 838
- D. VIDAL**, « De la fictivité de la personnalité morale continuée pour les besoins de la liquidation », *Rev. Sociétés* 1990, p. 264 et s.
- C. VERBAERE**, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999, p. 688.

- M. VIVANT**, « Le patronyme saisi par le patrimoine », in *Mélanges A. COLOMER*, LGDJ, 1993, p. 517
- A. WAHL**, « Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », in *Livre du centenaire du Code civil*, rééd. Dalloz 2004, p. 443 et s.
- C. WATINE-DROUIN**, « Le statut du logement familial », in *Mélanges Ph. SIMLER*, Dalloz-LexisNexis 2006, p. 253
- G. WICKER**, « L'entreprise indivise », in *L'indivision – Journées de l'Association Henri Capitant*, Dalloz 2005, p. 49 et s.
- CL. WITZ**, « Consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Mélanges PH. SIMLER*, LexisNexis-Litec & Dalloz 2006, p. 729 et s.
- CL. WITZ**, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de la Haye relative au trust », *D.* 2007, p. 1369
- A. ZABALZA**, « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in *Droits de la personnalité*, LexisNexis 2013, coll. Traités, spéc. n°42 et s., p. 23 et s.
- FR. ZENATI**, « Propriété et droits réels – Universalités », *RTD Civ.* 1999, p. 422 et s.
- FR. ZÉNATI**, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.* 2006, p. 445 et s.
- FR. ZENATI**, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667
- FR. ZÉNATI**, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges Gilles GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 589 et s.
- FR. ZÉNATI & A. COEURET**, « Chronique – Législation française et communautaire en matière de droit privé », *RTD civ.* 1989, p. 162 et s.

ENCYCLOPEDIES & DICTIONNAIRES

Répertoire Dalloz

-
- CH. ALBIGES**, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Indivision
- CL. BRENNER**, *Répert. Dalloz Civ.*, V° Partage : droit commun
- I. CORBIER**, *Repert. Com. Dalloz*, V° Armateur,
- P. CROCQ**, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Nantissement
- E. CRUVELIER**, *Répert. Dalloz Com.*, V° Impôts directs – Régimes d'imposition

O. DESHAYES, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Ayant Cause
A. FOURNIER, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Publicité foncière
D. GIBIRILA, *Répert. Dalloz Sociétés*, V°Société en nom collectif
E. JEULAND & N. BALAT, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Cession de contrat.
X. DE KERGOMMEAUX, *Répert. Sociétés Dalloz*, V°Titrisation (organisme de)
R. LE GUIDEDEC & G. CHABOT, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Succession : liquidation et règlement du passif *héréditaire*
R. LIBCHABER, *Répertoire de Droit civil* V°Les biens
TH. MASSART, *Répert. Dalloz Soc.*, V°Contrat de société
F. MERCHADIER, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Majeur protégé
E. MOUIAL BASSILANA, *Répert. Com. Dalloz*. V°Entreprise en difficulté : liquidation
J.M. MOULIN, *Répert. Dalloz Sociétés*, V° Fusion, scission et apport partiel d'actif
J. ROCHFELD, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Cause
E. SAVAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V° Subrogation réelle
A. SÉRIAUX, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Patrimoine
P. SERLOOTEN, *Répert. Soc. Dalloz*, V°Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)
G. WICKER & J.C. PAGNUCCO, *Répert. Dalloz Civ.*, V°Personne morale
G. YILDRIRIM, *Répert. Civ. Dalloz*, V°Communauté légale (3° répartition des dettes)

Jurisclasseur

FL. DEBOISSY & G. WICKER, « Successions – Indivision – Indivision et société », *JCl Civ.*, Fasc. 60
C. GENTILI, « Immunités en droit interne », *JCl Voies d'exécution*, fasc. 495
M.C. de LAMBERTYE-AUTRAND, « Les biens », *JCl Civ.*, fasc. 516
CL. WITZ, « Fiducie », *JCl Civ.* art. 2011 à 2030, fasc. 10
CL. WITZ, « Droit de gage général », *JCl Civ.*, fasc. 10

Dictionnaires

Dictionnaire de la langue française, *Le Petit Robert*, 2014.

Dictionnaire de la langue française, *Dictionnaire Larousse*, 2016

Dictionnaire de la langue française, *Littré* 2018

A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF 2010

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011.

M. CORNU, F. ORSI & J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF 2017

JURISPRUDENCES & LOIS

Jurisprudences

Req., 16 termidor an X

Civ., 23 avril 1833

- S. 1833, I, 632

CA Caen, 13 déc. 1853

- S. 1854, 2, 398

Req. 2 août 1886

- DP 1987, 1, 293.

TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac

Cass, Ch. Réunies, 5 déc 1907, CHOLLET c/ DUMOULIN

- GAJC, n°119, DP 1908.1, p. 113 note COLIN ; S. 1908.1, p. 5, concl. BAUDOUIN, note LYON-CAEN

Req. 24 déc. 1912

- S. 1914, 1, p. 201, 1^e espèce, GAJC n°236.

CA Paris, 19 mars 1923

- S. 1925, 2, 93, note M.H. Rousseau.

Cass, Req., 30 mars 1926

- DH 1926, 217, *Gaz. Pal.* 1926, II, p. 51

Civ., 21 oct. 1931

- DH. 1931, p. 553 ; DP 1933, p. 100, note P. CORDONNIER

CA Nancy, 3 nov. 1934

- RTD Civ. 1935, p. 183.

Cass, Req. 19 oct. 1938

- DH 1939, 613.

Civ., 7 juill. 1941

- DH 1941, p. 370.

Cass, Civ, 12 mars 1946

- *JCP G* 1946, II, 3114

Civ. 13, janv. 1951

- *S.* 1951, 1, 192.

Civ. 28 janv. 1954

- *JCP G* 1954, II, 7978, concl. LEMOINE, *D.* 1954, p. 217, note. G. LEVASSEUR, *Dr. Soc.* 1954, p. 161, note P. DURAND

CA Aix, 5 octobre 1954

- *JCP* 1955, II, 8548

Com, 17 janv. 1956

- *D.* 1956, p. 265, note R. HOUIN.

Civ. 1^e, 3 juin 1958, Bull. Civ. I, n°283

Civ. 1^e, 6 janv. 1976, GAJC Dalloz 12^e éd., n°90

Civ. 1^e, 14 janv. 1959

- *D.* 1959, p. 106

Civ. 1^e, 10 févr. 1982, Bull. Civ. I, n°67.

Com, 13 févr. 1963, Bull. Civ. III, n°87

Com, 28 avril 1964, Bull. Civ. IV, n°215.

Civ. 2^e, 5 avril 1965

- *JCP G* 1965, II, 14233

Civ. 1^e, 16 févr. 1966, n°64-11014, Bull. Civ. I, n°124.

Civ. 1^e, 18 mars 1968, Bull. Civ. I, n°101.

Civ. 1^e, 15 févr. 1972, Bull. Civ. n°50

Civ. 1^e, 15 févr. 1972, n°70-12756

Civ. 1^e, 15 févr. 1972, Bull. Civ. I, n°50

- *Rev. Crit.* 1973, p. 77, note BATIFOL

Cass, Civ. 1^e, 22 févr. 1972, n°70-13192, Bull. Civ. I, n°56

- note LINDON *D.* 1972, p. 513.

Com, 19 avr. 1972, Bull. Civ. IV, n°115, n°69-14054

CA Lyon, 16 oct. 1975

- *Defrénois* 1977, art. 31581, p. 1579, note. G. CHAMPENOIS.

Civ. 1^e, 6 janv. 1976, n°74-12212, Bull. Civ. I, n°4, GAJC Dalloz 2007, n°90

- *D.* 1976, p. 253, note. A. PONSARD ; *JCP G* 1976, II, 18461, note J. PATARIN ; *Defrénois* 1976, p. 787, note A. PONSARD.

Civ., 3^e, 23 avril 1976

- *Rev. Sociétés* 1977, p. 69, note. Y. GUYON

CEDH 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas, n°5100/71.

Com, 20 juill. 1976, Bull. Civ. IV, n°240

- *Rev. Sociétés* 1977, p. 75, note CH. ATIAS.

CE plén. 19 nov. 1976

- *Dr. fisc.* 1977, n° 10, comm. 356, concl. B. MARTIN LAPRADE ; RJF 1-1977, n°8, Chron. M.-D. HAGELSTEEN, p. 7

Civ. 1^e, 2 oct. 1979, Bull. Civ. I, n°232

- *D.* 1980, p. 360, obs. BRETON

Civ. 1^e, 15 avril 1980

- *D.* 1981, p. 101, note BRETON ; *RTD Civ.* 1981, p. 173, obs. GIVERDON

CE 18 mars 1981, n° 6404 et 7359

Civ. 3^e, 7 juill. 1981

- *D.* 1983, IR 13, obs. Robert.

Civ. 1^e, 25 mai 1982, Bull. Civ. I, n°192

Civ. 1^e, 8 juin 1982, Bull. Civ. I, n°214.

TGI Paris, 27 juin 1984, P.I.B.D. 1985, III, n°362, p. 64

- *JCP G* 1986, II, 20582, note R. PLAISANT.

Crim. 4 févr. 1985, Bull. Crim., n°54

- *D.* 1985, p. 478, note D. OHL; *Rev. Sociétés*, 1985, p. 648, note B. BOULOC ; *JCP E* 1985, II, 14614, note. W. JEANDIDIER. Civ. 1^e, 29 mai 1985, Bull. Civ. I, n°163

Crim, 5 nov. 1985, n°85-94640, Bull. Crim., n°340.

Com., 11 mars 1986 : Bull. Joly 1986, p. 506.

Com., 18 mars 1986,

- *D.* 1987, p. 43, *RTD Civ.* 1987, p. 573, obs. J. PATARIN.

Cass. 3^e civ., 13 mai 1986, n° 85-10.691.

Civ. 1^e, 21 déc. 1987, Bull. Civ. I, n°348.

Com, 16 févr. 1988, *Banque Antillaise*, Bull. Civ. IV, n°69, n°86-19645

Civ. 1^e, 26 avril 1988

- *D.* 1988, IR 133

Com, 8 nov. 1988

- *Rev. sociétés* 1990, 71

CA Agen, 1^{er} déc. 1988

- *RTD Civ.* 1990, p. 108
- Civ. 3^e, 20 juill. 1989, Bull. Civ. III, n°173**
- *D.* 1989, IR 245 ; *JCP G* 1989, IV, 359 ; *RTD Civ.* 1990, p. 686, note ZENATI.
- Com, 30 oct. 1989, n°87-19766, Bull. Civ. IV, n°264**
- *RTD Com.* 1990, p. 52, note Y. REINHARD.
- Com, 28 nov. 1989**
- *Rev. Sociétés* 1990, p. 240).
- CA Versailles, 23 févr. 1990,**
- *Bull. Joly* 1990, p. 553 ; *Juris-Data* n° 000358
- Com.23 oct. 1990, Bull. Civ. IV, n°247, n°89-13999**
- *D.* 1991, p. 173, note Y. REINHARD ; *RTD Civ.* 1991, p. 361, obs. FR. ZÉNATI ; *JCP E* 1991, II, 127, note. P. SERLOOTEN ; *JCP N* 1991, II, 97, note M. MARTEAU-PETIT
- CA Rouen, 27 févr. 1991,**
- *Bull. Joly* 1992, p. 791 ; *Juris-Data* nos 000299 et 050712.
- Civ. 1^e, 5 mars 1991, n°89-14626**
- Com. 5 mars 1991, n°88-19.629, Bull. civ. IV, n°100**
- *Bull. Joly* 1991. 500, note M. JEANTIN, *D.* 1991. 441, note J. HONORAT, *Rev. sociétés* 1991. 545, note C. BOLZE.
- Com, 9 avril 1991, n°89-17525.**
- Civ. 1^e, 9 juill. 1991, Bull. Civ. I, n°232**
- arrêt GELADA, *Defrénois* 1991, p. 1331, obs. P. LE CANNU. *Com.* 12 oct. 1993, *D.* 1994, p. 124
- Com, 15 janv. 1992, Bull. Civ. IV, n°25**
- CEDH, 19 mars 1992, *Hornsby c/ Grèce*, 1997-II, 495**
- *D.* 1998, p. 75, obs. N. FRICERO ; *JCP G* 1997, II, 22949, note F. SUDRE & O. DUGRIP ; *RTD Civ.* 1997, p. 1009, ons. J.P. MARGUENAUD ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. FLAUSS.
- CJCE plén., *Cancava*, 17 févr. 1993**
- *D.* 1993, *Somm.* 277, obs. X. Prétot
- Com, 30 mars 1993,**
- *D.* 1993, 384, note P. LE CANNU ; *RJDA* 1993, n°839 ; *BJS* 1993, p. 676, note A. COURET
- Civ. 1^e, 27 oct. 1993, n°91-15611**
- Com, 7 déc. 1993, n°91-18145, Bull. Civ. IV, n°465**

- *Dr. Sociétés* 1994, comm. TH. BONNEAU, p. 22 et s., *BJS* 1994, note P. LE CANNU, p. 166 ; *BJS* 1994, p. 280, comm. CH. HANNOUN

Civ. 3^e, 9 mars 1994, Bull. Civ. III, n°48

- *D.* 1995, Somm.. 162, obs. ROBERT ; *RTD Civ.* 1995, p. 654, obs. FR. ZÉNATI

Civ. 1^e, 23 mars 1994, n°92-14703

Com, 5 avril 1994, *Jeandet c/ Me Lafont*, n°93-15956

- *BJS* 1994, p. 644

Civ. 1^e, 15 juin 1994, Bull. Civ. I, n°211

Civ. 1^e, 14 févr. 1995, n°92-18886, Bull. Civ. IV, n°79, p. 57

- *D.* 1996, note AGOSTINI.

Com, 24 oct. 1995

- *RJDA* 1996/02, n°266.

Com., 13 févr. 1996

- *BJS* 1996, p. 496, note. J.J DAIGRE.

Com. 19 mars 1996, n°94-12004, Bull. Civ. IV, n°91

- *BJS* 1996, p. 613, note. A. COURET ; *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. GRUGUIER ; *Defrénois* 1996, p. 835, note. P. LE CANNU.

Com. 14 mai 1996, Bull. Civ. IV, n° 129

- *JCP* 1996, I, 3960, n° 9, obs. PH. PÉTEL ; *Rev. Proc. Coll.* 1996, 427, n° 15, obs. B. SOINNE ; *D.* 1996. Jur. 460, note F. DERRIDA, et Somm. 388, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *RTD Civ.* 1996, p. 666, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 1996. I. 584, n° 9, obs. PH. PÉTEL. Civ. 1^e, 10 mai 2006, Bull. civ. I, n° 220 ; *D.* 2006. AJ. 1452, obs. A. LIENHARD ; *RJPF* oct. 2006, n° 10, p. 22

Civ. 3^e, 12 mars 1997, Bull. Civ. III, n°59

Civ. 3^e, 11 mars 1998, *Epoux Laby et autres c/ Syndicat Résidence du Bel Ebat*

- *RDI* 1998, p. 289 ; *AJDI* 2001, p. 33

Civ. 2^e, 19 mai 1998, n°96-12944, Bull. Civ. II, n°161

- *Dr. Sociétés* 2009/1, p. 16-17, note R. MORTIER ; *RJDA* 1998, p. 964.

Civ. 3^e, 10 nov. 1998, n°97-12369, Bull. Civ. III, n°212

- *JCP E* 1999, jurispr. 328, obs A. DJIGO

Civ. 1^e, 12 nov. 1998, n°96-18041

- *D.* 1999, p. 167, obs. L. Aynès ; *JCP E* 1999, II, p. 426. CA Paris, 18 août 1834, *S.* 1834, 2, 615

Com, 15 juin 1999, n°97-16439, Bull. Civ. IV, n°127, *RJDA* 1999, n°849

- *Rev. Sociétés* 1999, p. 844, note D. VATEL ; *RTD Com.* 1999, p. 941, obs. N. RONTCHEVSKY

Civ. 2^e, 3 juin 1999, n°97-14889, Bull. Civ. II, n°110

- *Rev. Dr. Sanitaire et social* 1998, p. 37, obs. J.S. CAYLA

CC, 16 juin 1999, DC n°99-411, Rec., p. 75

- *D.* 1999, p. 27, obs. B. MATHIEU ; *Rev. Banque & Dr.* 2009/124, p. 13, obs. M. GUYOMAR ; *Rev. Admin.* 2005, p. 44, note V. GIMENO-CABRERA ; *Rev. Admin.* 2001, p. 21, note Ph. BLACHÈR ; *Rev. Procéd.* 1999/12, p. 3, comm. J. BUISSON ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.E. SCHOETTL

Com, 5 oct. 1999

- *BJS* nov. 1999, n°258, note A. COURET ; *Dr. Sociétés* 1999, n°183, obs. H. HOVASSE ; *R.D. Banc.* 1999, p. 249, obs. M. GERMAIN & M.A. FRISON-ROCHE ; *RJ. Com.* 2000, p. 127, note T. GRANIER ; *D.* 2000, p. 556, note G. MORRIS-BECQUET ; *JCP E* 2000, I, 613, note R. BESNARD-GOUDET

Civ. 2^e, 28 oct. 1999, n°97-20071, Bull. Civ. II, n°163

- *JCP G* 2002, p. 70, Chron. ; *RJPF* 2000, p. 14, Comm. S. VALORY ; *RTD Civ.* 2000, p. 167, obs. R. PERROT ;

CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c./ France, n°34406/97

- *RTD Civ.* 2005, p. 335, obs. J.P. MARGUENAUD ; *JDI* 2005, p. 541, note C. RENAUT ; *JCP N* 2004, p. 1550, R. LE GUIDEDEC ; *Dr. & Patrim.* 2000, p. 56, comm. PH. STOFFEL-MUNCK ; *RJPF* 2000, p. 24, comm. J. CASEY

Com, 30 mai 2000, n°97-18457, Bull. Civ. IV, n°113

- *BJS* 2000, p. 841, note. M.L. COQUELET

Crim. 20 juin 2000, n°99-86742, Bull. Crim., n°237

- *Rev. Sociétés* 2001, p. 851, note I. URBAIN-PARLÉANI, *BJS* 2000, p. 39, note C. MASCALA, *D.* 2001, actu 853, note H. MASTOPOULOU

Com. 5 déc. 2000, n°98-12913

- *CCC* 2001, p. 15, obs. L. LEVENEUR ; *RTD Civ.* 2004, note TH. REVET

Ass. Plen., 29 juin 2001, Bull. Civ., n°8, n°99-85973

- *D.* 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD ; *D.* 2001, Chron. 2907, PRADEL ; *JCP G* 2001, II, 10569, rapp. SARGOS, concl. SAINTE-ROSE, note M. RASSAT ; *JCP G* 2002, I, 101, n°21, obs. P. MURAT ; *JCP G* 2002, I, 107, n°3, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 2001, p. 1456, note TH. BONNEAU ; p. 998, note D. MONNIER ; *Dr. Fam.* 2001, Chron. 21,

D. VIGNEAU ; *RJPF* 2001-10/42, note G. TOUATI ; *RTD Civ.* 2001, p. 560, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^e, 12 mars 2002, n°99-13917

➤ *D.* 2002, 1199, obs. A. LIENHARD.

Com., 29 avr. 2002, n°98-14521, n°97-19269, n°97-16878

➤ *Defrénois* 2002, p. 1087, obs. PH. THERY.

CEDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, n°48939/99

➤ *GACEDH*, n°64, p. 690, note J.P. MARGUENAUD.

Civ. 1^e, 19 nov. 2002, n°00-22334, Bull. Civ. I, n°275

➤ *D.* 2002, p. 797, note G. KHAIRALLAH ; *D.* 2002, p. 3341, obs. A. LIENHARD ; *RTD Com.* 2003, p. 169, comm. J.L. VALLENS ; *JCP G* 2002, II, 10201, concl. J. SAINTE-ROSE, note. S. CHAILE DE NERE.

CEDH, 26 novembre 2002, *Büchen c. République Tchèque*.

Civ. 1^e, 14 janv. 2003, Bull. civ. I, n°04, n°00-21108

➤ *D.* 2003, p. 575, note B. BEIGNER ; *D.* 2003, Somm. 1866, obs. V. BRÉMOND ; *JCP G* 2003, I, 158, n°15, obs. A. TISSERAND ; *RTD Civ.* 2003, p. 340, obs. B. VAREILLE ; *Defrénois* 2003, art. 37791, obs. G. CHAMPENOIS ; *RJPF* avr. 2003, p. 14, obs. F. VAUVILLÉ.

Com, 20 mai 2003, Bull. Civ. IV, n°84, n°99-17092

➤ *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERO ; *JCP E* 2003, 1203, n°2, obs. J.J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY & G. WICKER ; *Rev. Sociétés* 2003, p. 479, note J.F. BARBIERI

Com, 11 juin 2003, n°02-10705

➤ *RTD Com.* 2004, p. 111, obs. Cl. CHAMPAUD & D. DANET ; *Dr. Sociétés* 2003, p. 25, comm. J. MONNET

Com, 8 juill. 2003, n°00-15584

➤ *Dr. Sociétés* 2003, note J. MONNET & H. HOVASSE, 194. V.

Com, 24 sept. 2003, n°01-11504, Bull. Civ. IV, n°147

➤ *D.* 2003, p. 2683 ; *RTD Civ.* 2003, p. 703

Crim. 14 oct. 2003, Bull. Crim. n°189

➤ *Rev. sociétés* 2004, p. 161, note B. BOULOC ; *D.* 2004, Somm. 319, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *BJS* 2004, p. 265, note. J.F. BARBIERI.

Civ. 1^e, 28 oct. 2003, Bull. Civ. I, n°215

➤ *D.* 2004, p. 21, note J.P. GRIDEL ; *Defrénois* 2004, p. 143, obs. J. MASSIP ; *RTD Civ.* 2004, obs. J. HAUSER.

Com. 28 janv. 2004, pourvoi n° 02-17.779, inédit, Juris-Data, n° 2004-0222.06.

Com, 4 févr. 2004, n°00-13501

- *D.* 2004, obs. J.CL. HALLOUIN, *RTD Com.* 2007, P.Y. BÉRARD, *Dr. & Patrim.* 2004/126, p. 85, note D. PORACCHIA

Civ. 1^e, 17 févr. 2004, n°00-11870

Com, 24 févr. 2004

- *Bull. Joly* 2004, p. 649, note. P. LE CANNU ; *D.* 2004, somm. 2929, obs. J.C. HALLOUIN ; *JCP E* 2004. 1774, note A. VIANDIER

Civ. 3^e, 31 mars 2004, n°01-16971, Bull. Civ. III, n°67

- *BJS* 2004, p. 998, note J.P. GARÇON

Com, 12 juill. 2004, n°03-12683

- *Dr. Sociétés* 2004, p. 18, comm. FR.G. TREBULLE ; *Rev. Dr. Rural* 2004, p. 591, note B. GRIMONPREZ

Civ. 13 oct. 2004, n°03-12968

- *D.* 2004, AJ 2935, obs. ROUQUET ; *Defrénois* 2005, 1169, obs. RUET ; *RDC* 2005, p. 358, obs. J.B. SEUBE.

Civ. 1^e, 16 nov. 2004, n°02-21615

- *BJS* 2005, p. 370, note B. DONDERO

Civ. 1^e, 5 avril 2005, Bull. Civ. I, n°169

- *D.* 2005, IR 2121, obs. V. BRÉMOND ; *RTD Civ.* 2005, p; 801, obs. TH. REVET

Com. 10 mai 2005, RJDA 2010/05, n°113

Com, 5 juill. 2005, RJDA 2006/00, n°666

Com, 12 juill. 2005, n°04-11170

- *Dr. & Patrim.* 2005, p. 84, note D. PORACCHIA

Civ. 1^e, 4 oct. 2005, n°03-19459

- *D.* 22005, IR 2705 ; *JCP G* 2006, I, 127, n°2, obs. PÉRINET-MARQUET.

Com, 11 oct. 2005, n°03-19161, Bull. Civ. IV, n°209

- *BJS* 2006, p. 491, note C. REGNAULT-MOUIER ; *Dr. Sociétés* 2009, p. 20, comm. D. GALLOIS-COCHET ; *Rev. Sociétés* 2006-3, p. 618, note L. AMIEL-COSME.

Civ.1^e, 3 nov. 2005, n°04-11424

- *JCP G* 2006, I, p. 127, n°7, obs. PERINET-MARQUET

Com. 8 nov. 2005, n°03-20982

Com, 13 déc. 2005, n°04-15255

- *RD. Banc. & Fin.* 2006/6, p. 10, obs. FR. J. CRÉDOT & TH. SAMIN.

Com. 13 déc. 2005, n°03-16878, Bull. Civ. IV, n°255

- *JCP E* 2006, 1669, note. H. HOVASSE, *RLDC* 2006/24, p. 10, note S. DOIREAU, *D.* 2006, actu 10, obs. A. LIENHARD, *BJS* 2006, p. 591, note X. VAMPARYS.

Com, 24 janv. 2006, BRDA 2006/4, n°12.

Com. 3 mai 2006, n°03-1546, Bull. Civ. IV, n°112

- *D.* 2006, AJ 1532 obs. A. LIENHARD ; *Rev. Sociétés* 2007, 88, note J. MOURY ; *BJS* 2006, p. 1177, note P. SERLOOTEN.

Civ. 1^e, 7 juin 2006, Bull. Civ. I, n°300, n°04-10616.

Com, 19 sept. 2006, n°03-19416

- *Dr. Soc.* 2006/12, p. 20, comm. 185 J. MONNET ; *Dr. Soc.* 2007/3, p. 15, note H. LÉCUYER ; *Dr. & Patrim.* 2007/161, p. 85, note J.B. SEUBE & TH. REVET.; *RLDA* 2007/13, comm. A. CERATI-GAUTHIER.

Civ. 1^e, 3 oct. 2006, n°04-18435

- *D.* 2006, IR 2483 ; *LPA* 25 juin 2007, note CHAMOULAUD-TRAPIERS.

Ass. Plén., 6 oct. 2006, *Bootshop*, n°05-13255, Bull. AP 2006, n°9, p. 23

- *D.* 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *RTD Civ.* 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN.

Cass, Ch. Mixte, 17 nov. 2006, Bull. Civ. I, n°10, pourvoi n°04-19123

- *RLDC* 2007, p. 25, obs. P. PAILLER ; *JCP E* 2007. I. 25, p. 12, obs. PH. SIMER & PH. DELEBECQUE ; *LPA* 2007/121, p. 16, note S. PRIGENT ; *RDC* 2007, p. 431, obs. D. HOUTCIEFF ; *Defrénois* 2007, p. 688, note S. PIEDELIÈVRE ; *RD Banc. & Fin.* 2007/3, p. 14, note A. CERLES ; *Gaz. Pal.* 2007/66, p. 21, comm. Y. DAGORNE-LABBÉ

Com, 28 nov. 2006, n°04-17486, Bull. Civ. IV, n°435

- *Banque & Dr.* 2009, p. 58, obs. I. RIASSETTO ; *JCP E* 2009.12, p. 26, note H. HOVASSE ; *Dr. & Patrim.* 2007, p. 70, obs. E. PORNIN ; *Defrénois* 2007, p. 1545, comm. B. THULLIER ; *JCP N* 2007.10, p. 37, note J.P. GARÇON ; *JCP E* 2007.11, p. 33, note FL. DEBOISSY & G. WICKER ; *RLDA* 2007/13, p. 10, note A. CERATI-GAUTHIER ; *JCP G* 2007, II, 10008, p. 36, note D. GALLOIS-COCHET

Civ. 3^e, 20 juin 2007, n°06-13514, Bull. Civ. III, n°112

- *D.* 2007, actu 1797 ; *BJS* 2007. 1359, note F.X. LUCAS

Com, 26 juin 2007, n°05-20569

- *JCP E* 2007, 2131, *Dr. Sociétés* 2008, comm. 53, J.P. LEGROS, *D.* 2007, note A. LIENHARD, p. 1973 ; *BJS* 2007, note P. LE CANNU, p. 1232

Com. 10 juill. 2007, no 05-14.358

- *Bull. Joly* 2007. no 321, obs. A. COURET

Com 13 nov. 2007, n°06-15826

- *Dr. & Patrim.* 2008, obs. L. AYNÈS & PH. DUPICHOT ; *JCP E* 2008, 1280, obs. J.J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY & G. WICKER

Com, 29 janv. 2008, n°06-21161

- *BJS* 2008, p. 234

Civ. 1^e, 6 févr. 2008, Bull. Civ. I, n°41, n°06-16498 ; Bull. Civ. I, n°42, n°06-16499 ; Bull. Civ. I, n°43, n°06-16500

- *JCP G* 2008, II, 10045, note G. LOISEAU ; *Dr. Fam.* 2008, n°34, obs. P. MURAT ; *RTD Civ.* 2008, p. 268, obs. J. HAUSER.

Civ. 2e, 13 mars 2008, n°06-16077

- *RD. Banc. & Fin.* 2008, comm. 70 A. CERLES

Civ. 1^e, 19 mars 2008, Bull. Civ. I, n°85

- *JCP G* 2008, IV, 1758 ; *AJ Fam.* 2008, p. 156, obs. BICHERON.

Civ. 1^e, 16 avr. 2008, Bull. Civ. I, n°122, n°07-12224

- *JCP G* 2008, I, 194, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; Civ. 1^e, 13 janv. 2016, n°14-24767, *D.* 2016, p. 1779, obs. L. NEYRET & N. REBOUL-MAUPIN ; *AJ Fam.* 2016, p. 163, obs. J. CASEY.

Com, 30 sept. 2008, n°07-16255

- *JCP S* 2018. 29, p. 19, note M. LAFARGUE ; *BMIS* 2009, p. 269, note A. COURET

Com, 10 févr. 2009, n°07-21806

- *D.* 2009, p. 2300, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *Defrénois* 2018, p. 15, obs. R. MORTIER ; *JCP N* 2010/23, p. 32, obs. J. PRIEUR, S. SCHILLER, TH. REVET & R. MORTIER ; *JCP E* 2010.9, p. 48, obs. E. MEIER & R. TORLET ; *Dr. & Patrim.* 2010, p. 106, obs. D. PORACCHIA

Com, 10 févr. 2009, Bull. Civ. IV, n°21, n°07-20445

- *D.* 2009, p. 559, obs. A. LIENHARD.

Civ. 2e, 19 févr. 2009, n°05-22044

- *JCP E* 2010.41. p. 34, note Fr.-G. TREBULLE ; *BJS* 2009, p. 578, note H. LE NABASQUE ; *Dr. Sociétés* 2009/5, p. 15, obs. M.L. COQUELET ; *RTD Com.* 2009, p. 389, obs. P. LE CANNU & B. DONDERO

Cass, Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2009, Bull. Civ. I, n°82

CE, 9e et 10e sous-sect. réunies, 27 juill. 2009, req. n° 312098, Sté Boucherie du marché).

DC, 10 juin 2010, DC 2010-607, JO 16 juin 2010, p. 10988

- *D.* 2010, p. 2353, note MOUTON ; *RFD Const.* 2010, p. 840, obs. PERRIER ; *RD Lib. Fonda.* 2013-22, comm. S. MILLEVILLE ; *RTD Civ.* 2010, p. 584, obs. TH. REVET ; *JCP E* 2010.26, p. 3, obs. CH. LABEL

Com, 8 juin 2010, n°09-15550, Bull. Civ. IV, n°105

- *Dr. Sociétés* 2010, p. 168, comm. J.P. LEGROS ; *Rev. Proc.* 2010, p. 319, comm. B. ROLLAND ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 408, note PH. ROUSSEL-GALE ; *BJS* 2010, p. 903, note F.X. LUCAS.

Com, 8 févr. 2011, n°10-12273

- *BJS* 2011, p. 418, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2012, p. 33, note L. AMIEL-COSME

Com, 29 mars 2011, n°10-15554 et n°10-16776

Com. 8 nov. 2011, n°10-24438

- *Gaz. Pal.* 2011, n°356, p. 13, obs.. M.P. DUMONT-LEFRAND ; *JCP E* 2012, 1087, note. J.F. CARRE & S. BOL ; *D.* 2012, p. 415, note. E. SCHLUMBERGER ; *Defrénois* 2012, art. 40393, obs. S. CABRILLAC

Civ. 1^{ère}, 23 févr. 2012, n°09-13113

- *Defrénois* 2013, p. 291, obs. S. CABRILLAC ; *Dr. & Patrim.* 2013, p. 105, obs. L. ROSELLO ; *JCP N* 2012.48, p. 30, note R. BOFFA ; *RLDC* 2012/97, p. 29, note J.J. ANSAULT ; *JCP N* 2012.28, p. 31, note S. PIEDELIÈVRE ; *LPA* 2012/134, p. 15, note S. MILLEVILLE ; *Dr. & Patrim.* 2012, p. 98, obs. L. AYNÈS ; *JCP E* 2012.25, p. 30, obs. J.B. SEUBE

Civ. 3^e, 29 févr. 2012, n°10-26738

- *D.* 2012, p. 2128 ; *AJDI* 2012, p. 457, note LE RUDULIER.

Com. 10 mai 2012, n°10-20974

- *Rev. Procéd. Coll.* 2013, p. 47, obs. M.P. DUMOND-LEFRANC ; *BJED* 2012, p. 248, note S. CABRILLAC ; *RJPF* 2012, p. 28, note FR. VAUVILLE ; *RLDC* 2012/95, p. 34, note G. MARRAUD DES GROTTES

Com, 10 juill. 2012, n°11-18973

- *Rev. Procéd. Coll.* 2013, p. 27, obs. B. SAINTOURENS ; *RDC* 2012, p. 1180, obs. TH. GENICON ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 286, obs. FL. REILLE

Civ. 3^e, 12 sept. 2012, n°11-17948, Bull. Civ. III, n°121

- *Rev. Sociétés*, 2012, n°178, note. R. MORTIER.

Com, 18 déc. 2012, n°11-27745

- *D.* 2013, p. 2729, J.CL. HALLOUIN ; *JCP E* 2013, 51, 20, obs. FL. DEBOISSY & G. WICKER ; *BGFE* 2013, p. 18, note CH. LEFAILLET ; *RJC* 2013, p. 243, obs. G.

DEDEURWAERDER ; *Dr. & Patrim.* 2013, p. 88, note D. PORACCHIA ; *RJDA* 2013, p. 347, obs. B. HATOUX ; *RJPF* 2013, p. 10, note L. FAULCON ; *Gaz. Pal.* 2013/58, p. 12, note O. ROUMÉLIAN

Com, 8 janv. 2013, n°11-30640

- *Rev. Procéd. Coll.* 2013, p. 23, note B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.* 2013, 124, p. 15, obs. FL. REILLE ; *BJED* 2013, p. 77, note A. CERTAI-GAUTHIER

Civ. 1^e, 29 mai 2013, n°12-10027, Bull. Civ. I, n°115

- *D.* 2013, p. 2088, note J. SOUHAMI ; *D.* 2013, p. 2245, obs. V. BTEMOND ; *LPA* 2013, n°134, note J.G. MAHINGA ; *RJPF* 2013-9/17, note. F. VAUVILLE ; *Defrénois* 2013, p. 1146, obs. G. CHAMPENOIS ; *Defrénois* 2014, p.14, note ROUSSEAU.

Civ. 1^e, 12 juin 2013, n°12-17419

- *AJ Fam.* 2013, p. 443.

CC, 13 juin 2013, n°2013-672 DC

- *D.* 2014. 1516, obs. N. JACQUINOT & A. MANGIAVILLANO ; *Dr. soc.* 2013, p. 673, étude J. BARTHELEMY, p.680, étude D. ROUSSEAU & D. RIGAUD ; *Dr. Soc.* 2014, p. 464, chron. S. HENNION, M. DEL SOL, P. PIERRE & M. HALLOPEAU ; p. 1057, étude J. BARTHELEMY ; *Constitutions* 2013. 400, chron. A.-L. CASSARD-VALEMBOIS ; *RTD Civ.* 2013. 832, obs. H. BARBIER.

Civ. 1^e, 18 déc. 2013, Bull. Civ. I, n°248, n°12-27059

- *AJ fam.* 2014, p. 120, obs. A. DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT ; *RLDC* mars 2014, p. 58, obs. A. PAULIN ; *Gaz. Pal.* 12 févr. 2014, p. 18, note CH. ALBIGES ; *JCP G* 2014. 751, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD Civ.* 2014, p. 405, note W. DROSS.

Com. 4 févr. 2014, n° 12-23894

- *Dr. Sociétés* 2014, p. 33, obs. H. HOVASSE ; *BMIS* 2014, p. 307, note C. TABOUROT

Com, 24 mars 2015, n°14-10175

- *D.* 2015, p. 1302, obs. N. BORGA ; *RJDA* 2018, p. 339, obs. M.L. BELAVAL ; *JCP N* 2017, p. 84, obs. C. LISANTI ; *LPA* 2015/184, p. 10, note M. LAUGIER ; *Gaz. Pal.* 2015/202, p. 19, note J. THERON ; *Rev. Procéd.* 2015, p. 14, obs. CH. LAPORTE ; *RD Banc. & Fin.* 2015, p. 55, note S. PIEDELIEVRE ; *BJED* 2015, p. 224, note L. LE MESLE ; *Rev. Sociétés* 2015, p. 404, obs. L. CAROLINE HENRY ; *JCP E* 2015.22.29, obs. A. CERATI-GAUTHIER ; *LPA* 2015/81, p. 26, note V. LEGRAND

Com, 24 mars 2015, n°14-16535

- *Rev. proc.coll.* 2015, p. 53, note C. LISANTI.

Com, 29 nov. 2016, n°15-12350

Civ. 1^e, 4 janv. 2017, n°16-12293

- *JCP N* 2018, p. 52, note R. LE GUIDEC, *Dr. & Patrim.* 2017/274, p. 60, note CH. BLANCHARD, *RDC* 2017/2, p. 258, comm. R. LIBCHABER, *RLDC* 2017/148, p. 28, note A.L. NACHBAUM-SCHNEIDER, *Defrénois* 2017/6, p. 383, comm. V. BRÉMOND, *RJPF* 2017/2, p. 46, note FR. SAUVAGE.

Com, 13 sept. 2017, n°16-13674

Com. 20 sept. 2017, n° 16-14.295

- *D.* 2017, p. 1831, *RTD civ.* 2017, p. 898.

Crim. 28 févr. 2017, n°15-81469

- *Dr. sociétés* 2017, n°80, note J. HEINICH.

Com, 13 déc. 2017, n°16-19681, Bull. Civ. IV, n°163

- *D.* 2018, p. 7 ; *RTD Civ.* 2018, p. 665, comm. H. BARBIER ; *JCP E* 2018, 11, p. 25, comm. J. KLEIN ; *Rev. Banque & Dr.* 2018, 178, p. 22, note TH. BONNEAU ; *Gaz. Pal.* 2018/8, p. 67, note O. SALATI.

Com, 7 févr. 2018, n°16-24481

- *D.* 2018, p. 292, note A. LIENHARD.

Civ. 2^e, 27 sept. 2018, n°17-22013

- V. LEGRAND, “L’EIRL en surendettement : première leçon pratique », *D.* 2018, p. 2071.

CEDH, 1^{er} oct. 2019, n°37858/14.

Com, 6 mars 2019, n° 17-26.605

- *D.* 2019, p. 797, note V. LEGRAND ; *Rev. Sociétés* 2019, p. 421, obs. P. ROUSSEL-GALLE ; *RTD Com.* 2019, p. 479, obs. A. MARTIN-SERF

Com, 23 oct. 2019, n°18-19952

- *D.* 2019, p. 2390, obs. V. LEGRAND

Textes officiels

Loi du 13 juill. 1967 suivie de la loi du 25 janv. 1985.

Loi n°2019-222 entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

H. DE RICHEMONT, Rapport n° 11, Sénat, 2006-2007, p. 43

X. DE ROUX, Rapport AN, n° 3655, p. 23 et s.

Loi n°85-697 du 11 juillet 1985

La loi PACTE n°2019-486 du 22 mai 2019

Loi du 9 décembre 2016 (loi n°2016-1691)

Ass. Nationale, 1^e séance du 11 avril 1985, *JO Débats*, p. 140 et s.

Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a remplacé l'indisponibilité du corps humain par la non-patrimonialité

Loi n°65-557 du 10 juill. 1965.

Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust*

Loi n°2007-211 du 19 février 2007

Décret du 9 mars 1793.

Loi n°2010-568 du 15 juin 2010

Ordonnance du 2 janv. 1959 portant loi organique relative aux lois de finance

AN, Rapport de Mme Laure DE LA RAUDIÈRE, n° 2265, présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à l'entrepreneur à responsabilité limitée

Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006

Avant-projet de réforme de Droit des biens, Association H. CAPITANT

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus 46, 364, 393, 406

Acte constitutif

- universalité 398
- opposabilité
- contrat 399, 404
- acte unilatéral 401

Action paulienne 124, 402 et s.

Affectation

- notion 58, 316
- comptable 363
- corrélation actif et passif 61, 191
- des biens communs 493
- immeuble par destination 57, 328, 316, 328, 533
- et insaisissabilité 316, 340, 349
- et transmission 236
- et patrimoine 60, 177
- et destination 57
- et usage 57-58
- et restrictions 57, 59, 70, 319, 467
- et universalité 166, 191, 245, 330, 387
- et volonté 57, 318

Apport partiel d'actif 505, 524, 529, 579

Autonomie patrimoniale

- incomplète 86, 89, 90, 195, 292, 375
- notion 89, 193
- étanchéité 296, 364, 385
- des universalités 192, 258, 290, 349, 385 et s.

B

Bien

- notion 105 et s.,
- insaisissable (v. *insaisissabilité*)

- extrapatrimonial 118 et s., 240 et s., 340, 386, 477
- patrimonial 131
- et chose 106, 115
- et propriété 106, 111
- et réservation 107,
- et valeur 107 et s.

C

Capacité juridique 175, 211, 215

Catégories juridiques 241, 259

- et classification 270, 389
- et régime juridique 298

Cautionnement 244, 406

Cession de contrat

- conception unitaire 516
- notion 509
- et cause 509-510

Cession de patrimoine 229 et s., 504 et s.

Chose

- commune 111
- corporelle 25
- droit romain 5, 25, 118
- future 487
- hors commerce 112 et s.
- innée 34, 118
- notion 106
- et bien 106, 111, 115
- et personne 32, 45, 106, 338

Commerce juridique 112 et s.

- positivisme 113
- relativité temporelle 115

Compte

- séparé 412 et s.
- et universalité de droit 152 et s.

Continuation de la personne 48, 213, 518

Contrat

- cession de – (*v. ce mot*)
- consentement 358, 575 et s.
- obligation contractuelle 357
- clause 592
- effet relatif 352, 515
- *intuitu personae* 591

Corps humain 29, 127

Créance

- nature 135, 140
- obligation 135 et s.
- propriété de la – 137
- et dette 139

Créancier(s)

- antérieur(s) 326, 375, 400
- concours entre – 195, 202, 208, 368, 392
- division des – 194, 351, 355, 367
- groupe de – 313, 363, 366, 411, 434
- intérêt des – 310, 376
- moyen d'action des – 448 et s.
- protection des – 312, 358, 364, 411 et s.

D

Dette

- composante de l'obligation 136
- destination 354 et s., 439 et s.
- délictuelle 359
- définition 142
- indéterminée 142
- et créance 139
- et intérêt 355, 361
- et patrimoine 8, 22, 143 et s.

Dignité 29, 94, 115, 339

Droit commun

- et droit spécial 305, 355, 364, 396
- théorie générale 304, 394

Droit subjectif

- classification 266
- et intérêt 251, 265
- et universalité 264 et s.

E

EIRL

- nature 80, 295
- étanchéité 408
- acte déclaratif 398
- qualification 80
- sûreté pour soi 406 et s.

Epoux 159, 352

- masse commune (*v. ce mot*)
- pouvoirs 387, 436, 449 et s., 491 et s.
- propriété collective 88
- propriété indivise 376
- biens communs 387, 490
- biens propres 430
- dettes communes 354, 376, 434
- dettes propres 356
- récompenses 377
- solidarité 437, 440
- titre et finance 495

EURL

- théorie 262

F

Faute détachable 360 et s.

Fonction 10, 135, 173, 219, 330

Fonds

- de commerce 3, 190
- et patrimoine 84

Fongibilité

- définition 65
- et choses de genre 64
- et obligation 67, 72
- et subrogation réelle 71-72
- rôle 64, 333, 348
- subjective/objective 67

Fortune de mer

- armateur 82
- navire 82

Fiducie

- et contrat 404
- et *trust* 475

- étanchéité 410
- nature 80, 295
- qualification 80

Fraude

- notion 124, 413
- paulienne 403

G

Gage général

- division : 193, 202, 328, 367
- exclusif : 194, 204, 369, 387, 421
- général : 30, 39, 47, 61-62, 102, 174 et s., 267, 311, 348
- spécial : 62, 174, 365, 398
- subsidiaire : 292, 296, 367, 388
- et responsabilité : 44, 308

I

Immunité d'exécution 345

Indivision

- et personnalité morale : 85, 285, 372, 436
- nature juridique : 86
- quote-part indivise (*v. ce mot*)
- solidarité 440
- successorale : 87, 428-430
- titularité 485 et s.

Inopposabilité

- action paulienne 403
- notion 402
- sanction 412 et s.

Intérêt

- cession de l' – 511
- collectif 256, 282-283, 295
- commun 284, 371 et s., 427 et s.
- et affectation 172
- et droit subjectif 178
- et patrimoine 173, 296
- et volonté 182, 185, 260, 510
- fédérateur 173 et s.
- général et indifférencié 77, 160, 178 et s., 254, 289, 557, 574, 596

- légitime 268, 274
- nature juridique 523
- notion 178, 200, 252 et s., 264
- social 255, 282, 415
- spécifique 199 et s., 386, 414
- transfert de – 231, 511-512

Insaisissabilité

- absolue 126, 338
- classification 343
- clause d'inaliénabilité 346
- et fongibilité 348
- et bien 336-337
- et immunité 345
- et universalité 338-340, 349
- notion 125, 335
- personnelle 347 et s.
- relative 126, 334 et s., 381, 422
- temporaire 126

L

Liquidation

- aspect comptable 157
- contrats en cours 559
- et transmission universelle 583
- liquidateur 556 et s.
- maintien de la personnalité 549
- règlement de comptes 444-445
- volontaire 554 et s.

Logement de la famille 59, 70, 352, 509

Libéralité graduelle 278

M

Majeur protégé

- mandat de protection future 93
- universalité 92, 390

Masse

- commune 88-89, 428 et s.
- des créanciers 417, 455
- et universalité 161
- héréditaire 87, 428 et s., 543
- liquidative 90, 378, 445, 546
- réunion des – 412 et s.

- temporaire 293

Masse commune

- et propriété collective 376
- fonction 159, 445
- qualification 88
- universalité de droit 89

N

Notion : 187

- et concept 2-3, 165, 264
- et théorie générale 16
- fonctionnelle 23, 26, 96, 135, 67
- *sui generis* 302

O

Obligation

- à la dette 377, 439 et s.
- double nature 36, 135, 238, 570
- et contribution 377, 443 et s., 458
- et dette 135-136
- et patrimoine : 43, 136, 175
- et propriété 136 et s.
- effet relatif 352
- plurale 435, 439 et s.
- réelle 436-437, 569

Opposabilité

- de l'affectation 70, 317, 332, 352
- de l'intérêt 253, 278 et s., 291, 327, 428-430
- définition 323 et s.
- et information 328 et s., 357
- rôle 322

P

Patrimoine

- abstraction 46, 49, 158 et s., 179
- d'affectation 36, 185, 257, 297, 386
- composition 54, 100 et s.,
- cession 229 et s., 504 et s.
- définition 45, 78, 180.
- élément fédérateur 40, 173 et s.

- légal 205, 226, 386
- *patrimonium* 27, 143
- structure 49 et s., 159
- théorie objective du – 36
- théorie subjective du – 34, 383
- et contrainte par corps 29 et s.
- et personne 34, 175-176, 213 et s.
- et propriété 41 et s., 222, 472 et s.
- et obligation 43 et s.

Personnalité

- et patrimoine 4, 8, 34, 40, 76, 175
- et intérêt 178, 252 et s.
- et universalité 210 et s., 251, 297, 506 et s.
- morale 4, 193, 212, 253, 283, 295, 579

Propriété

- affectée 467, 475, 497
- collective 88, 490 et s.
- exclusivité 110
- de l'universalié 222 et s.
- des droits 478
- et capacité juridique 34, 41, 107, 175
- et titularité 128, 479
- et pouvoirs 224, 473
- finalité 107 et s., 474
- notion 107, 222, 472
- opposabilité 42, 324-325
- plurale 376
- restrictions 464 et s.
- subjectivité (intersubjectivité) 109
- réservation 474

Publicité

- de l'universalité 281, 328 et s.
- et information 398, 412
- moyen de protection 368, 577

Q

Quasi-contrat 443 et s.

Quote-part de l'indivision

- cessibilité 490
- contenu 487

- et propriété 387, 486 et s.
- et biens de l'indivision 488
- nature 485

R

Responsabilité

- et droit de gage général 44, 47
- et faute séparée 359 et s.
- et patrimoine 29, 32, 54
- et pouvoirs 464
- et universalité 196, 207, 267, 388, 408, 582
- du liquidateur 561

S

Saisie

- accès aux biens : 336, 418 et s.
- et titre exécutoire 418
- et représentation 452
- information 419
- juge de l'exécution 423
- obstacles : 338, 449

Saisissabilité (v. insaisissabilité)

Société

- à responsabilité illimitée : 194, 369
- dirigeant 359
- et capital social : 195, 405
- et patrimoine 370, 389
- et personnalité juridique : 210, 283
- et intérêt social : 252, 280 et s., 415
- et indivision 372
- unipersonnelle : 95, 212, 256, 299

Subrogation réelle : 69 et s., 333

Sûreté

- et gage général : 62
- et universalité 174, 196
- exogène (pour soi) 406 et s.
- légale 593
- nantissement de créance 331
- privilège : 343

T

Transmission universelle

- autonomie patrimoniale 582
- ayant-cause universel 568, 581
- conditions 539 et s.
- définition 236, 522, 532
- domaine 482, 580
- droit d'opposition 592
- et affectation 520
- et cession de patrimoine 227, 517
- et liquidation
- et passif 48, 233
- et reprise d'intérêt 229
- et vente 576
- et volonté 525
- éléments intransmissibles 588-590
- éléments occultes 589
- opposabilité 573
- personnalité des peines 589
- théories 518-520
- transmission du passif 539
- transmission simplifiée 587
- universalité d'accueil 530, 579

Titularité

- définition 480
- des droits 478
- et propriété 325, 479
- et biens extrapatrimoniaux 244, 482

U

Universalité

- abstraction 158 et s.
- classification 270 et s., 290 et s.
- composition 100 et s., 349, 405, 419, 424
- de droit 11 et s.
- de fait 6 et s., 190, 198, 248, 340
- définition 197, 217
- distinction entre contenant et contenu 464, 483
- et affectation 160, 196, 316 et s.

- et droit de gage général 161, 193 et s., 311 et s., 420
- et intérêt 288, 413
- et patrimoine 12, 17 et s., 77, 161, 188 et s., 198 et s., 205, 243, 374 et s., 386 et s., 421
- et volonté (v. *ce mot*)
- fictive 414
- fonction 79, 189, 219
- imparfaite 291 et s., 375 et s., 427 et s., 462
- inaccessibilité 220, 230, 234 et s., 482
- liquidation (v. *ce mot*)
- nature 209 et s., 240 et s., 247
- parfaite 295 et s., 385 et s.
- propriété de l' – 472 et s.
- qualification 96
- rapports entre – 372 et s.
- structure 226 et s.

Universitas

- droit romain 4, 198

- rerum 4-5
- personarum 210, 260

Utilité 108

- et affectation : 57, 316
- et fonction : 219
- et valeur : 109

V

Volonté

- extériorisation 319
- et universalité 260, 268, 291
- et intérêt 182, 185, 260
- sujet de droit 510

Valeur

- et bien 107 et s.
- et universalité 218 et s.
- d'échange 109, 121, 220
- indéterminée 221, 244, 487
- d'usage 57, 109, 128, 21

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	III
LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS	VII
REMERCIEMENTS	XI
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 – L’EMERGENCE DE LA NOTION D’UNIVERSALITÉ DE DROIT	19
TITRE 1^{ER} – LE PATRIMOINE, MODÈLE DE L’UNIVERSALITÉ DE DROIT	21
<i>Chapitre 1^{er} – Une confusion diachronique entre universalité de droit et patrimoine</i>	23
Section 1 – Les origines de la confusion entre universalité de droit et patrimoine	25
I. Le patrimoine, une notion historiquement fonctionnelle	26
A. Le patrimoine en remplacement de la contrainte par corps	28
B. L’influence de la fonction sur les théories du patrimoine.....	32
II. Le patrimoine, une notion juridiquement fonctionnelle.....	37
A. Le patrimoine : outil de cohérence entre notions fondamentales du droit privé	37
1. La propriété au fondement du patrimoine	38
2. L’obligation, lien nécessaire à la fonction du patrimoine	39
B. Le patrimoine : abstraction nécessaire aux mécanismes du droit civil	41
Section 2 – Une identité structurelle entre universalité de droit et patrimoine	47
I. La structure du patrimoine : une corrélation entre actif et passif	47
A. La corrélation entre actif et passif : une affectation.....	49
1. Affectation et notions voisines	50
2. L’affectation des biens patrimoniaux	53
B. Les moyens techniques de la corrélation entre actif et passif	57
1. La fongibilité des éléments actifs	57
2. Le maintien de la destination par la subrogation réelle	62
II. La corrélation entre actif et passif en dehors du patrimoine	68
A. Les universalités juridiques qualifiées de patrimoine	70
B. Les universalités juridiques innommés	73
C. Les universalités juridiques prospectives.....	82
<i>Chapitre 2nd – L’étendue de la confusion entre universalité de droit et patrimoine</i>	89
Section 1 – Une composition commune à l’universalité de droit et au patrimoine	91
I. Les biens comme garantie des obligations.....	92
A. L’insuffisance d’une unique catégorie de bien	93
1. La valeur appropriée comme critère de définition du bien	93
2. L’insuffisance du seul critère de valeur approprié : l’exemple des choses hors-commerce	99
B. La notion de bien patrimonial.....	103
1. Les origines théoriques de la distinction entre patrimonial et extrapatrimonial	104
2. La définition du bien patrimonial	109

II.	L'inclusion des dettes dans la masse universelle	118
A.	La notion juridique de dette	119
B.	L'intégration des dettes dans la masse universelle	126
Section 2 –	Une approche commune de l'universalité de droit et du patrimoine : la notion de masse	133
I.	L'appréhension statique de l'universalité de droit	133
II.	L'appréhension dynamique de l'universalité de droit	137
TITRE 2ND	L'AUTONOMIE DE LA NOTION D'UNIVERSALITE DE DROIT	143
<i>Chapitre 1^{er}</i>	<i>– La notion d'universalité de droit</i>	<i>147</i>
Section 1 –	Une Fonction propre à l'universalité de droit	149
I.	La confusion historiquement fondée sur l'unité de l'intérêt fédérateur	149
A.	L'intérêt de la personne : élément fédérateur d'un ensemble abstrait	150
B.	La dissociation des intérêts de la personne	157
II.	La dissociation des notions engendrée par la dissociation des intérêts de la personne	161
A.	Les critères communs avec le patrimoine	163
B.	Les critères distincts du patrimoine	170
III.	Une relation de genre et d'espèce entre universalité de droit et patrimoine	173
Section 2 –	La nature des universalités de droit	177
I.	Le rejet de la qualification d'ensemble personnifié	177
II.	Les doutes quant à la qualification de bien	182
A.	Les caractères du bien appliqués à l'universalité de droit	183
1.	La remise en cause de la valeur des universalités de droit	183
2.	La remise en cause de la propriété des universalités de droit	187
B.	La question de la transmissibilité des universalités de droit	189
1.	Les théories de la cessibilité du patrimoine	192
2.	L'incessibilité de l'universalité de droit	196
III.	L'universalité de droit, un bien extrapatrimonial	201
<i>Chapitre 2nd</i>	<i>– La classification des universalités de droit</i>	<i>209</i>
Section 1 –	Fondements d'une classification	211
I.	La dialectique entre intérêt et volonté	212
II.	Recherche d'un critère de classification	217
A.	Une classification selon la source : la place de la volonté dans l'universalité de droit	218
B.	Une classification selon la finalité : la place de l'intérêt dans l'universalité de droit	221
Section 2 –	Proposition de classification	227
I.	La distinction des intérêts fédérateurs d'universalité de droit	228
A.	Les caractères de l'intérêt fédérateur	228
B.	L'intérêt distinct, un intérêt opposable	232
C.	La distinction des intérêts individuel, collectif et commun	234
II.	Application de la distinction : classification des universalités	241
A.	Intérêt commun et universalité imparfaite	241
B.	Intérêt individuel et universalité parfaite	244
PARTIE 2 –	LA CONSTRUCTION D'UN DROIT COMMUN DE L'UNIVERSALITÉ DE DROIT	251
TITRE 1^{ER}	– LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DE L'UNIVERSALITÉ DE DROIT	255
<i>Chapitre 1^{er}</i>	<i>– Les fondements de la protection</i>	<i>257</i>

Section 1 – Les effets de l’universalité de droit sur les biens	259
I. Les effets de l’affectation sur les créanciers	259
A. L’affectation des biens, source d’une insaisissabilité	260
B. L’opposabilité de l’affectation.....	264
II. L’insaisissabilité partielle des biens de l’universalité de droit	275
A. L’insaisissabilité des biens de l’universalité de droit.....	275
B. L’insaisissabilité relative, effet nécessaire de l’universalité de droit	280
1. La relativité rationae temporis, critère inopérant.....	281
2. La relativité rationae personae, effet commun des universalités de droit	284
Section 2 – Les effets de l’universalité de droit sur les obligations	287
I. Les effets de l’universalité de droit sur les dettes	287
A. Fondement de la distinction des créanciers	288
B. Les moyens de séparer les créanciers	290
II. Les effets de l’universalité de droit sur le gage général des créanciers.....	296
A. Les variations de l’assiette du gage général des créanciers	297
B. Les concours entre masses autonomes.....	301
1. Les liens entre universalités parfaite et imparfaite	302
2. La séparation de principe des universalités parfaites.....	309
<i>Chapitre 2nd – Les moyens de la protection.....</i>	<i>317</i>
Section 1 – La recherche d’une protection des créanciers de l’universalité parfaite.....	319
I. Une protection en amont : les mesures préventives	319
A. Une protection par l’opposabilité	319
B. Une protection substantielle	325
II. La protection en aval : les mesures curatives.....	330
A. La sanction de l’abus : la réunion des masses.....	331
B. L’adaptation de la saisie des biens.....	335
Section 2 – L’unification des règles de protection des créanciers de l’universalité imparfaite.....	343
I. Les spécificités des universalités imparfaites	343
A. L’automaticité de l’universalité imparfaite.....	344
B. La nature des obligations dans l’universalité imparfaite.....	346
1. L’impasse théorique d’obligations plurales en raison de l’objet	347
2. L’harmonisation des solutions du droit positif.....	350
II. Les moyens d’action du créancier de l’universalité imparfaite	356
A. Le sort des créanciers en période d’activité.....	357
B. Le sort des créanciers en période de difficultés	360
TITRE 2ND – L’AMÉNAGEMENT DES POUVOIRS SUR L’UNIVERSALITÉ DE DROIT	367
<i>Chapitre 1^{er} – La limitation des pouvoirs du débiteur sur ses biens</i>	<i>369</i>
Section 1 – Les fondements théoriques de la limitation des pouvoirs	371
I. Le lien entre universalité de droit et personne juridique	371
A. Inadéquation du lien par la propriété	372
B. Le lien par la titularité	377
II. La titularité commune des universalités imparfaites	382
A. La distinction du contenu et du contenant des universalités imparfaites	383
1. Propriété et titularité de l’indivision.....	383
2. Propriété et titularité de la masse commune	389

B.	La justification d'une pluralité de titulaires : l'intérêt commun.....	395
Section 2 –	Restrictions quant à la cessibilité des universalités de droit.....	399
I.	L'incessibilité du contenant.....	399
A.	Le rejet des théories de la cession de « patrimoine ».....	400
B.	Les fondements de l'incessibilité du contenant.....	404
II.	La transmissibilité du contenu.....	406
A.	Fondements de la transmission du contenu de l'universalité.....	407
B.	Moyen de transmettre le contenu de l'universalité.....	413
1.	La reprise de l'intérêt n'est pas une cession d'intérêt.....	413
2.	La transmission universelle est une transmission globale et simplifiée de titres particuliers ..	416
<i>Chapitre 2nd –</i>	<i>L'encadrement de la transmission du contenu de l'universalité.....</i>	<i>421</i>
Section 1 –	Liquidation et transmission universelle.....	423
I.	Distinction entre transmission universelle et liquidation.....	423
A.	Critère de distinction : la reprise de l'intérêt fédérateur.....	424
B.	Domaine de la transmission universelle.....	426
II.	La liquidation des universalités de droit.....	430
A.	Les hypothèses de maintien de l'universalité pour les besoins de la liquidation.....	430
B.	Mise en place d'une procédure de liquidation volontaire.....	436
Section 2 –	Le régime de la transmission universelle.....	443
I.	Conditions de la transmission universelle.....	443
A.	Conditions essentielles : maintien de l'affectation et paiement des dettes.....	443
B.	Des conditions de droit commun de la transmission universelle.....	447
II.	Effets de la transmission universelle.....	450
A.	L'universalité d'accueil.....	451
B.	La transmission simplifiée des éléments affectés.....	455
1.	Les éléments transmissibles.....	455
2.	Les éléments intransmissibles.....	458
C.	Le contrôle de la transmission.....	461
CONCLUSION GÉNÉRALE.....		469
ANNEXES.....		475
ANNEXE 1 –	CLASSIFICATION DES CHOSES.....	475
ANNEXE 2 –	CLASSIFICATION DES UNIVERSALITES.....	477
ANNEXE 3 –	RAPPORTS ENTRE UNIVERSALITÉS DE DROIT ET PATRIMOINE.....	479
ANNEXE 4 –	MODES DE TRANSMISSION DU CONTENU DES UNIVERSALITÉS DE DROIT.....	481
PROPOSITIONS.....		483
PROPOSITIONS AU SEIN DU CODE CIVIL.....		483
Propositions relatives au Livre IV du Code civil.....		483
Propositions relatives au Livre III du Code civil.....		487
Propositions relatives au Livre I du Code civil.....		489
PROPOSITIONS AU SEIN DES AUTRES CODES.....		491
Propositions relatives au Code de commerce.....		491
Propositions relatives au Code monétaire et financier.....		496

Propositions relatives au Code des procédures civiles d'exécution	497
BIBLIOGRAPHIE.....	499
OUVRAGES GENERAUX – OUVRAGES COLLECTIFS	499
MONOGRAPHIES & THESES	505
ARTICLES ET NOTES	514
ENCYCLOPEDIES & DICTIONNAIRES	536
JURISPRUDENCES & LOIS	538
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	553
TABLE DES MATIERES	559

